JURISDIÇÃO E INTERPRETAÇÃO

Organizador:
Ney Bello

idp

Sumário

JURISDIÇÃO E INTERPRETAÇÃO

O INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP, através de seu programa de pós-graduação em direito, vem incentivando a pesquisa e a produção científica desde a perspectiva do intercâmbio necessário entre instituições de ensino superior com seus diversos programas de mestrado e doutorado.

Também é do interesse do Programa a conexão cada vez mais firme com Instituições do Sistema de Justiça que permitam ao mestrando do IDP conectar-se também com os operadores do direito, produzindo conhecimento em interface com a aplicação do direito em situações concretas.

O presente Ebook que vem a público representa a mais estreita conexão entre dois programas de mestrado – Universidade Federal do Maranhão e Instituto Brasiliense de Direito Público – e também é fruto de uma relação entre ambos os mestrados – que tratam de constituição e sistemas de justiça – e o processo de interpretação do direito.

Dele constam artigos de mestres em direito por ambos os programas e discentes tanto do IDP quanto da UFMA – Universidade Federal do Maranhão, e os temas unificam-se através de uma linha condutora que é a interpretação do direito através da jurisdição.

A coletânea cuida de analisar a atividade de aplicar e interpretar o direito, ou de dizer o direito, em diversos ramos, contribuindo para a produção científica de ambos os Programas de Pós-Graduação em Direito.

No artigo intitulado *A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PENAL NOS CASOS DE VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: CRITÉRIOS DE VALIDADE DIANTE DE UMA NOVA PERSPECTIVA À LUZ DO GARANTISMO PENAL*, a mestranda pelo IDP Ana Claudia Mendes analisa o processo de compreensão e aplicação da lei penal, enfrentando a teoria do garantismo penal em um de sesu aspectos.

O organizador desta coletânea, juntamente com seu orientando de mestrado Luis Fernando Fotoura, discutem no texto *A SUPREMA CORTE DOS*

ESTADOS UNIDOS: DA SEGREGAÇÃO À DESEGREGAÇÃO RACIAL o processo de interpretação da norma que permitiu, através da história constitucional americana, a modificação da compreensão sobre o racismo e a relação entre diferentes raças.

Também tratando da interpretação da norma na práxis da Suprema Corte americana, o discente do IDP, mestrando Lourenço Gabina, analisa a possibilidade de divulgação de ideias segregacionistas a partir da liberdade de expressão, e sob o crivo da *critical legal stuidies*. O artigo *DISCURSO DO ÓDIO: UMA ANÁLISE DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS À LUZ DO MOVIMENTO CRITICAL LEGAL STUDIES* pensa o problema desde a ótica da jurisprudência americana.

Em *JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA*, o hoje mestre em direito pelo PPGD da UFMA, Juracy Guimarães discute a formatação da democracia brasileira, desde a utilização de referenciais teóricos americanos, como John Rawls e Ronald Dworkin, com o intuito de analisar o papel da jurisdição constitucional, principalmente como formador de um direito aplicável à toda sociedade.

Por fim, em A súmula vinculante à luz da hermenêutica filosófica gadameriana, o mestrando pelo IDP Jeferson Sousa Junior discute o referencial teórico de Hans-Georg Gadamer, e sua contribuição para a compreensão do fenômeno de interpretação e aplicação do direito para a jurisdição.

Esta coletânea encarta-se no conjunto de obras construídas desde a atividade de pós graduação de dois PPGDs – UFMA, Universidade Federal do maranhão e IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público. O seu intento é contribuir com a produção científica nos programas de mestrado.

Boa leitura.

Ney Bello

A interpretação da norma penal nos casos de violência sexual contra crianças e adolescentes: critérios de validade diante de uma nova perspectiva à luz do garantismo penal.

Ana Cláudia Loiola de Morais Mendes[1]

Resumo: O presente artigo se propõe, a partir da análise de acórdão proferido em sede de julgamento de recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, a analisar a evolução da interpretação da norma que dizia respeito ao caráter da presunção de violência em casos de delitos contra a liberdade sexual, em razão da idade da vítima, abandonando-se critérios morais de aferição do comportamento desta, como medida de efetividade ao princípio garantista previsto na ordem constitucional.

Palavras-chave: violência, sexual, criança, adolescente, garantismo, presunção, violência, validade, norma**.**

> *"É anacrônico o discurso que procura associar a modernidade a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certas minorias, física, biológica, social ou psiquicamente fragilizadas. A sobrevivência de uma tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau, não importa – a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida por quem tem o dever legal e/ou moral de proteger, de orientar, de acalentar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada."(Min. Rogério Schietti Cruz, voto proferido no julgamento do REsp 1.276.434/SP, DJe 26/08/2014)*

---

[1] Juíza de Direito titular da 1ª Vara Criminal do Paranoá – DF. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal. Mestranda em Direito.

INTRODUÇÃO

Com estas palavras pungentes, o relator do acórdão destacado pontua sua indignação com o tratamento conferido à proteção à infância no desfecho de ação penal, que em recurso à Corte Superior,foi revertido com o reconhecimento da reprovabilidade da conduta praticada pelo padrasto que mantinha relações sexuais com sua enteada, adolescente contando com menos de catorze anos de idade.

O tema – presunção de violência no caso de crimes contra os costumes, no caso de vítima menor de quatorze anos de idade, ou a capacidade para consentir com os atos sexuais, em razão da idade da vítima – volta e meia é alvo de atenção, seja pela especificidade dos casos que envolve, seja pela possibilidade (ou melhor, pela inevitabilidade) de realização de juízos de características morais por parte daquele a quem incumbe solucionar a causa.

A questão trazida pelo acórdão destacado expõe dois aspectos do sistema penal brasileiro e da forma como efetivamente tratamos as questões penais dentro do processo: a primeira delas é o inevitável confronto entre questões morais na análise da *vexata quaestio* e o arcabouço jurídico disponível para a solução do caso concreto, o olhar imprimido na análise do caso concreto. A segunda, relativa a como entendemos o sistema de proteção disponível aos indivíduos, dentro da carta de princípios trazida pela Constituição Federal, sob a perspectiva de garantia de direitos e liberdades públicas, considerando não somente as garantias individuais dos réus em processos criminais, mas também a efetiva necessidade de proteção de direito individual das vítimas de violência.

É dentro deste contexto que se vai buscar analisar, no presente artigo, de que forma as diferentes percepções da realidade podem ser admitidas como relevantes na determinação, dentro da esfera do direito penal, do que é desviante a qualificar-se como ilícito penal, e de que forma, dentro destas concepções, se busca dar efetividade ao princípio maior de proteção da sociedade e, numa segunda perspectiva, de proteção aos interesses da vítima.

Inicialmente se buscará, no texto, uma breve exposição acerca das diferentes concepções de validade e interpretação da norma para, mais adiante, e dentro da dogmática atualmente admitida, buscar, na teoria garantista,

subsídios para a determinação do que seja uma proteção efetiva a direitos fundamentais. Para tanto, servirá de exemplo julgado que se reputa de extrema relevância no contexto da defesa de interesses da vítima em crimes contra a liberdade sexual, praticados no contexto da violência doméstica.

PRIMEIRAS ANOTAÇÕES: INTERPRETAÇÃO, POSITIVISMO JURÍDICO E VALIDADE DA NORMA. PERSPECTIVAS: HANS KELSEN, HERBERT L.A. HART E RONALD DWORKIN

Em um primeiro momento, como reação à falibilidade (ou insuficiência) das soluções propostas pelo jusnaturalismo, buscou-se a mensuração dos fatos e argumentos, com a tendência da redução da vontade da maioria a comandos objetivos, como se possível fosse a previsão absoluta dos acontecimentos da vida real pela lei.

Neste contexto, do positivismo desenvolvido por Kelsen, reconhece-se como direito válido apenas o direito posto, ou seja, considera-se objeto da ciência jurídica apenas o direito positivo. Ao defender uma Teoria Pura do Direito, o cientista deve adotar uma perspectiva externa em relação ao objeto, o direito, abstendo-se de qualquer valoração ideológica. Assim, opondo-se ao jusnaturalismo (criticado duramente pelo autor), o direito parte da concepção de proposição da categoria lógica do dever-ser, relegando o estudo do ser como objeto das demais ciências.

Deste processo de purificação metodológica resulta um sistema jurídico autônomo, tornando o direito independente das demais matérias, expresso na fórmula “se A, deve ser B”, sendo A a conduta descrita na norma, e B a sanção que esta implica, caso ocorra.

Disso resulta que a validade da norma, para Kelsen, é atribuída de maneira puramente formal, ou seja, decorre de sua inserção em um sistema normativo preexistente, sendo desimportante se os membros da comunidade conduzem-se em conformidade com esta[2].

---

[2] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

Em consequência, a validade da norma distingue-se da eficácia, justamente em razão de situar-se na esfera do "dever ser", enquanto que esta última é característica do "ser", atributo da conduta humana, e não do direito.

A mensurabilidade positivista desde o princípio deparou-se com a dificuldade interpretativa exigida pelos fatos da vida. A codificação não poderia abranger a infinidade de questões alcançadas pelo mundo dos fatos.

Juntamente com a intensificação do poder regulatório do Estado, aparece o primeiro problema, consistente na indeterminação do sentido do direito. As questões referentes à validade ou eficácia das normas não decorreriam unicamente de uma relação de subsunção, dada a complexidade alcançada pelas relações humanas.

Neste contexto, Kelsen constata que o problema da interpretação do direito seria muito mais semântico do que sintático[3]. As normas terão sempre um espaço de movimentação, derivado do problema semântico que existe na aplicação de um signo linguístico aos objetos da realidade fática, utilizando-se da famosa metáfora da "moldura da norma".

O grande problema enfrentado, e que continua a ser objeto de angústia, é justamente o admitir a discricionariedade do intérprete no momento da escolha da solução, e neste ponto Kelsen se rende aos adversários, aceitando que a interpretação do direito acaba mergulhando, de uma forma ou de outra, em subjetivismos intransponíveis.

Lançando o olhar um pouco mais adiante, com base na perspectiva apresentada pelo realismo jurídico, e com base na perspectiva apresentada por Herbert L. A. Hart, o direito seria apresentado como prática social, ou simplesmente teoria social do direito. Por esta, a norma é colocada como elemento central no conceito de direito, abandonando-se a ideia de direito como ordem coercitiva. O direito deve ser compreendido como o conjunto de regras analisadas por duas perspectivas: pelo "ponto de vista interno" e pelo "ponto de

---

[3] Note-se que Kelsen, quando refere-se ao problema semântico, refere-se ao problema da interpretação descrito no capítulo VIII de sua Teoria Pura do Direito, fazendo a distinção entre direito e ciência do direito, a definir a interpretação como ato de vontade (produtora de normas, no momento de sua aplicação) e interpretação como ato de conhecimento (que produz proposições).

vista externo", tendo no interior do primeiro o fundamento da teoria da validade, a regra de reconhecimento.

> O contraste seguinte em termos de aspecto 'interno' e 'externo' das regras de novo pode servir para marcar o que dá a esta distinção a sua grande importância para a compreensão, não só do direito, mas da estrutura de qualquer sociedade. Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os 'pontos de vista' respectivamente 'interno' e 'externo'. As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual eles estão afectados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, que se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reações hostis, censuras e castigos com que os desvios da regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reações hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que um desvio do comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reação hostil ou castigo. Tal conhecimento pode não só revelar muita coisa sobre o grupo, mas ainda permitir-lhe viver com o grupo sem as consequências desagradáveis que esperariam uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento.
>
> Contudo, se o observador se confinar de forma estrita a este extremo ponto de vista externo e não der qualquer conta do modo por que os membros do grupo que aceitam as regras encaram o seu próprio comportamento regular, a descrição por si feita da vida dele não pode ser referida de forma alguma em termos de regras e, por isso, não pode ser feita em termos das noções, em si dependentes de regras, de obrigação e dever. Em vez disso, será feita em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais. Para tal observador, os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reação hostil, e nada mais.[4]

---

[4] HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 6ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pp. 98-99

As regras são primeiramente distinguidas entre "regras sociais" e "regras de hábito"[5], para depois as primeiras serem analisadas sob o "ponto de vista interno", de onde ocorre a vinculação do indivíduo à regra. Considerando o direito um conjunto de regras estruturado em uma prática social, existirá uma regra que se funda no comportamento dos membros da sociedade, e que atribui validade às normas jurídicas e à regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento constitui, assim, regra maior do sistema jurídico, estabelecendo quais regras devem ser reconhecidas como juridicamente válidas, isto é, identifica quais regras diretas, regras primárias de obrigação, devam pertencer ao sistema normativo.

Neste contexto, razoável inferir-se que a regra de reconhecimento não decorre de norma explícita, posta pelo sistema, dependendo de fatores tais como comportamento de agentes estatais, atos dos tribunais ou dos particulares, inserindo-se no contexto da teoria do direito como prática social. O critério de validade consiste em conduta social que reconhece dependendo no momento histórico e da comunidade em que subsiste, o que é direito válido.

Partindo de uma crítica ao modelo de regras estabelecido por Hart e apontando sua insuficiência diante da complexidade de casos concretos que se apresentam nos tribunais, Dworkinpropôs uma revisão do modelo de regras pelas quais o direito funciona, apontando a necessidade de ruptura da tradição positivista, baseada no modelo de subsunção.

Dworkin desenvolveu uma teoria do direito, com base na seleção de argumentos jurídicos adequados, ou seja, argumentos fundados na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em determinada comunidade. Ao lado desta teoria de interpretação, propõe uma teoria de justiça, segundo a qual os juízos a respeito de direitos e políticas públicas devem basear-se na ideia de que todos os membros de uma comunidade são iguais, independente de suas condições sociais e econômicas, crenças ou estilos de vida.

---

[5] A diferença entre hábito e regra é destacada por HART, comparando-se o comportamento do indivíduo em grupo em duas situações distintas: a primeira, é hábito dos membros de determinado grupo irem ao cinema todos os sábados à noite; a segunda, é regra nesse mesmo grupo que os homens, ao entrarem em uma igreja, tirem o chapéu. A primeira situação é um hábito, a segunda, uma regra. Ser regra implica que sua não observância gere uma crítica, que é encarada como legítima ou justificada neste sentido. Uma regra social tem um aspecto "interno" para além do aspecto externo que partilha com o hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar. Hart, *Conceito*, pp. 64-65.

Para Dworkin, a efetivação dos direitos fundamentais só seria possível mediante a aceitação de que os princípios integram o direito tanto quanto as regras, afirmando que só é possível levar os direitos a sério caso o intérprete se despoje de toda mitografia positivista[6].

Ao questionar o conceito de "obrigação jurídica", que funda todas as reivindicações no campo do direito, assentou que os termos "obrigação" e "direito" nada mais são que enunciados técnicos, sem a necessária correspondência com a veiculação de preceitos morais. Partiu do pressuposto que a diferença entre regras e princípios seria de natureza lógica:enquanto as regras operam dentro de uma lógica que depende, para verificação de sua aplicabilidade, do critério da subsunção, os princípios enunciam uma razão que conduz a um argumento cuja verificação levará a certa decisão no caso particular, podendo ser cotejado com outros princípios e regras, sendo-lhe atribuído peso conforme sua importância.

O juiz age guiado pelos princípios invocados em suas decisões, podendo alterar uma regra em nome de um princípio, caso esta não obedeça aos padrões obrigatórios de uma comunidade. Ao tratar os princípios como direito, abre-se a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por um conjunto de princípios. Como conseqüência, conclui que as proposições do positivismo (os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios, nem pode prescrever um resultado particular, nem valer como lei) devem ser abandonadas, diante da impossibilidade de realização do teste fundamental no sistema jurídico.

Neste movimento de construir o conceito de princípios, afirmando que estes devem compor o direito tanto quanto as regras, segue-se admitindo a necessidade de subsunção dos fatos a uma norma, ainda que esta venha compreendida em um sentido mais amplo, abrangendo também os princípios. Ao aceitar a tese de Hart de que todo sistema jurídico necessita de um teste fundamental para identificar regras e princípios, nega-se somente a existência de uma regra fundamental que reduza esse teste complexo a uma regra simples. Sendo assim, deve-se compreender a discricionariedade como prática orientada

---

[6] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

pelos princípios, argumentos de natureza moral que favoreçam os direitos em disputa, funcionando estes não como instrumentos de ampliação dos poderes do juiz, mas de restrição a estes.

Os princípios, assim, aparecem na fundamentação de decisões como forma de restrição das possibilidades interpretativas do direito, uma vez que existem interpretações melhores do que outras, melhor ajustadas à integridade do direito.

Tais conceitos adquirem particular importância neste estudo, quando, mais adiante, se iniciar a análise dos fundamentos utilizados no julgamento de recurso especial interposto contra decisão absolutória do padrasto que mantinha relações sexuais consentidas com a enteada, adolescente contando com menos de quatorze anos de idade.

SEGUNDA PERSPECTIVA: COMPLEXIDADE E FUNÇÃO ESTABILIZADORA DO SISTEMA JURÍDICO. INTERPRETAÇÃO COMO FORMA DE GARANTIA DA INTEGRIDADE DO SISTEMA

Seja partindo-se do pressuposto de validade como inserção da norma em um sistema estruturalmente fundado em comandos emanados de autoridade, seja tomando-se como critério de validade da norma determinada prática social aceitável historicamente, certo é que o intérprete escolherá a solução do caso concreto, com base no sistema normativo, mediante a utilização doaparato instrumental disponível e fundado em uma argumentação que parta de pressupostos de racionalidade.

Dentro do sistema, seus argumentos estarão concatenados de forma a que a solução final decorra logicamente das premissas anteriores.

Todavia, pode ocorrer que, mesmo diante de um raciocínio que permita proposições resultantes de premissas lógicas, não se veja o intérprete diante de uma solução que lhe pareça mais justa no caso concreto. A questão da justiça da decisão é tema também bastante tormentoso, até porque muitos se

debruçaram sobre este, sem nunca chegarem a consenso sobre o termo em questão[7].

Justamente em razão disso, a solução positivista tradicional para determinados casos pode parecer insuficiente, seja pelo aumento da complexidade das relações sociais (e, por consequência, das relações jurídicas), seja pelo desenvolvimento do Estado, ou seja, por último, da ideia (talvez a única segura) de que o Direito não vem mais fundado em valores imutáveis.

Baseado em tais fundamentos, pela teorização proposta por Luhmann em sua teoria de sistemas, infere-se que em uma sociedade moderna, com toda a complexidade que lhe é característica, e onde a multiplicidade de escolhas sociais é fator preponderante, é possível uma operação de seletividade, em que os sistemas parciais escolhem os valores que sua comunicação pontuará[8]. Por meio da multiplicidade de escolhas, o sistema jurídico emite comunicação jurídica com o intuito de garantir os valores escolhidos nesta operação de seletividade.

O sistema jurídico deve lutar pela manutenção das expectativas, não aceitando seu descumprimento como certo, lutando pela sua efetivação, e mantendo, no ambiente social, a expectativa de cumprimento dos valores escolhidos pelo próprio sistema. Em vista disso, o sistema jurídico necessita transformar a complexidade social em comunicação jurídica, para então poder chegar a uma decisão adequada. O subsistema do Direito absorve a complexidade e a reduz à comunicação jurídica, que fornece ambiente propício à prolação da decisão. A justiça estará ligada à comunicação do sistema jurídico (eis que o único canal de comunicação é o padrão binário lícito/ilícito, dentro do sistema jurídico), e para que se possa proporcionar justiça em uma sociedade altamente complexa, necessária a adaptação da complexidade ao sistema, produzindo-se, neste passo, uma comunicação adequada.

---

[7] Podem-se encontrar as mais diversas abordagens sobre o tema em questão, tanto no plano da Teoria do Direito, como da Filosofia ou Sociologia Jurídica. Mais uma vez, convém lembrar a posição de Kelsen, para quem o ideal de justiça é algo subjetivo, beirando a irracionalidade(v. A Ilusão da Justiça, São Paulo: Martins Fontes, 1998; O problema da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1998).

[8] VILLAS BOAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e NiklasLuhmann, in: Direito e Filosofia: a noção de Justiça na História da Filosofia. Maria Constança Peres Pissara; Ricardo Nascimento Fabrini (coord.). São Paulo: Atlas, 2007, p. 141/142.

Esta comunicação adequada se dá reduzindo-se a comunicação ao código binário lícito/ilícito, para que se chegue a um processo decisório fundado na consistência. E é neste movimento que se constrói a função do direito, que é a manutenção das expectativas normativas ao longo do tempo, fazendo com que a sociedade continue a acreditar na efetivação das normas. Na fórmula de contingência desenvolvida por Luhmann (adaptação da complexidade por meio da redução comunicativa ao código binário próprio do sistema, proporcionando ao sistema uma diferenciação em nível de decisão que produza comunicação jurídica) o objetivo principal é conferir consistência às decisões do sistema jurídico. Muito embora tal perspectiva sociológica possa não alterar a realidade jurídica vivenciada, ela é importante na medida em que se observa a importância dos valores sociais invocados com relação ao direito, uma vez que o aspecto sociológico é apenas uma parte do ambiente no qual estamos, todos, inseridos.

E, nesta medida, importa consignar que a mera constatação da realidade sob uma perspectiva sociológica constitui parcela importante na análise do caso concreto submetido a julgamento, mas não a única perspectiva a considerar-se.

A NECESSIDADE DE UMA PERSPECTIVA GARANTISTA NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICIAL

Partindo de uma perspectiva dogmático-jurídica, à luz das balizas anteriormente afirmadas, tem-se que os princípios sobre os quais se funda o direito penal (legalidade estrita, materialidade e lesividade dos delitos, responsabilidade pessoal, contraditório entre as partes, presunção de inocência) formam um sistema coerente e unitário, conferindo grau máximo de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e tutela do indivíduo contra a arbitrariedade estatal.

A interpretação das normas disponíveis, no sistema judicial brasileiro, e levando em consideração os princípios plasmados na Constituição Federal, haverá de seguir, como regra de obediência aos direitos fundamentais, a ideais garantistas. Estes podem ser resumidos, em princípio, na observância dos direitos fundamentais estampados na Constituição. A interpretação judicial

não pode desprezar os ideais plasmados na Constituição Federal, no que diz respeito a direitos fundamentais, e por correspondência, aos deveres fundamentais, até porque, em seu artigo 5º, enuncia "direitos e deveres individuais e coletivos". Desta forma, cabe ao intérprete, na tarefa de solucionar as controvérsias, buscar os valores e critérios que possam limitar ou conformar constitucionalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal[9].

Deste modelo garantista resulta que, aliado ao característico convencionalismo penal (que impõe uma definição legal do desvio, mediante figuras objetivas de comportamento), o juiz se abstenha de realizar valorações morais, vinculando-se unicamente às normas determinantes de comportamentos típicos, previamente estabelecidos.[10]

Essa legalidade estrita visa excluir, portanto, as convenções penais relativas as pessoas, vinculadas a juízos morais de valor, normas estas que, em épocas anteriores, serviam para legitimar a perseguição a bruxas, aos hereges, aos judeus, ou todos aqueles que não se enquadravam nos modelos sociais considerados adequados às convenções então estabelecidas.

Ao lado deste chamado convencionalismo penal (mediante o qual apenas as condutas previamente indicadas em lei poderiam tachar-se desviantes), o modelo garantista traz a exigência de que qualquer pronunciamento jurisdicional só será legítimo se possibilitar a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias, mediante a respectiva comprovação empírica.

Ou seja, as hipóteses trazidas a análise em juízo somente podem convalidar-se se apoiadas em provas e contraprovas, em um processo dialético de verificação e refutação, baseado em juízos cognitivos (de fato) e recognitivos (de direito).

Esta concepção cognitiva da jurisdição permite determinar o desvio punível e assegurar a separação entre direito e moral. Parte-se do pressuposto de que determinado comportamento constitui delito em razão de uma

---

[9] FISCHER, Douglas. "Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais". Revista de Doutrina da 4ª Região. Porto Alegre, n. 28. Mar/2009.

[10] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

convenção jurídica e não por imoralidade intrínseca ou anormalidade, excluída toda função ética ou pedagógica da pena[11].

No Brasil, o garantismo passou a ser adotado de forma bastante incipiente, sendo invariavelmente compreendidode forma equivalente à primazia dos interesses do réu no processo.

Não há dúvida de que a teoria garantista tem como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais (denominados de direitos de primeira geração), entendidos estes como os deveres públicos negativos ou de não fazer, que têm por argumento prestações negativas ou não prestações, por parte do Estado[12]. Ao lado destes, assenta-se também na proteção aos direitos correspondentes às expectativas de comportamento, referindo-se às obrigações dirigidas ao Estado para com seus cidadãos.

> A noção liberal de "Estado de direito" deve ser consequentemente alargada para incluir também a figura do Estado vinculado por obrigações além de vedações. Digamos, pois que onde um ordenamento constitucional incorporar somente vedações, que requerem prestações negativas para garantia dos direitos de liberdade, este se caracteriza como Estado de direito liberal; onde, ao invés, este também incorporar obrigações, que requerem prestações positivas para a garantia dos direitos sociais, este se caracteriza como Estado de direito social.[13].

Nesta dupla perspectiva de proteção, o garantismo deve ser compreendido sob três concepções fundantes:

> Numa primeira acepção, garantismo designa um modelo normativo de direito. Num plano político, revela-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e num plano jurídico "como um sistema de vínculos impuestos a la potestade punitiva del estado em garantia de losderechos de losciudadanos" (...) Já numa segunda acepção, o garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da existência e vigência das normas. Sob esse espectro garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser em Direito. Numa frase: o juiz não tem obrigação jurídica de aplicar as leis inválidas (incompatíveis com o ordenamento constitucional), ainda que vigentes. Pelo prisma de uma terceira acepção, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado

[12]FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 690.
[13] Id., ib., p. 691.

> a carga da justificação externa conforme os bens jurídicos (todos!) e os interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos[14].

Sendo assim, a teoria garantista não se resume unicamente à proteção dos interesses do indivíduo contra a ação do Estado, mas também como a proteção dos interesses sociais dentro do contexto jurídico em que a lei penal deva ser aplicada.

Neste contexto, ressalta-se que a doutrina e jurisprudência vêm apontando para a aplicação do garantismo também nesta perspectiva (positiva), como fundamento para a vedação da proteção deficiente, consubstanciada nos casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do Direito Penal para a proteção de um direito fundamental[15].

O CASO CONCRETO: ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO NO CONTEXTO FAMILIAR

Após breve exposição das perspectivas que possam perpassar a análise de casos concretos, pelo julgador, passa-se à análise do caso escolhido como exemplo para reflexão. Trata-se de julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, no qual se reverteu a absolvição de padrasto que fora acusado da prática de estupro de vulnerável, por haver praticado atos libidinosos diversos da conjunção carnal com sua enteada, menor de quatorze anos à época dos fatos. Oportuno destacar-se trecho da ementa de referido acórdão:

> RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. DELITO PERPETRADO PELO PADRASTO DA VÍTIMA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
>
> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que é absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a" do CPB), quando a vítima não for maior de 14 anos de idade.

---

[14] FISCHER, Douglas. Garantismo Penal Integral. 2ª ed. Salvador: Ed. Jvspodium, 2013, p. 33.

[15] Neste contexto, colha-se o voto do Min. Gilmar Mendes, no RE 418376/STF, no qual fez incidir o Direito Penal em caso em que se buscava a extinção de punibilidade de condenado por atentado violento ao pudor, praticado contra menina de oito anos de idade, subsistindo até os doze anos desta, ocasião em que, em decorrência de gravidez, passou a viver em união "estável" com a vítima.

> No caso sob exame, o recorrido praticou, por diversas vezes, atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a ofendida, sua própria enteada, com 13 anos de idade à época dos fatos.
>
> É entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça que a aquiescência da adolescente – como ocorreu na espécie – não tem relevância jurídico-penal na tipificação da conduta criminosa (EREsp 162.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Félix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).
>
> Repudiáveis os fundamentos empregados pela magistrada de primeiro grau e pelo relator do acórdão impugnado para absolver o recorrido, reproduzindo um padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.
>
> No caso em exame, a vítima foi etiquetada como uma adolescente "desvencilhada de pré-conceitos e preconceitos", muito segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, pois "sabia o que fazia". Julgou-se a vítima, pois, afinal, "não se trata de pessoa ingênua". Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído. Em igual direção caminhou o magistrado de segundo grau, asserir que o vínculo afetivo que a vítima nutria por seu padrasto é "condição de afastamento da aludida violência presumida", haja vista que – nas palavras do Desembargador-Relator – "tal afeto deve imperar neste afastamento por ser legítimo e, até, moral". (...)[16]

O Ministério Público, irresignado com o decreto absolutório, que levou em consideração o comportamento da vítima para então relativizar a presunção de violência então prevista na redação do artigo 224, "a" do Código Penal, interpôs recurso ao Superior Tribunal de Justiça, para fazer prevalecer a lei penal neste caso, firmando-se o caráter absoluto da presunção de violência então disposta na norma.

Observa-se, no caso concreto, e que deflui da leitura do acórdão referido, que não há controvérsia quanto às questões fáticas, ou seja, restou confirmada (e admitida pelo acusado) a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal com enteada que contava, à época dos fatos, com menos de quatorze anos de idade. Tal circunstância subsumia-se à hipótese traçada no artigo 224, "a" da antiga redação do Código Penal, verbis: *"Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos(...)",* a fazer

[16] STJ – Resp 1.276.434-SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, DJe 26/08/2014.

transparecer, de imediato, a tipicidade da conduta do acusado que, uma vez não amparada por nenhuma das causas excludentes de ilicitude, ensejaria o reconhecimento de sua culpabilidade.

Todavia, a sentença de primeira instância julgou atípica a conduta, tomando-se como válido o consentimento da vítima, sob os seguintes fundamentos:

> (...) Como foi cogitado naquela peça, (...) não foi vítima de violência presumida e se mostrou determinada para consumar o coito anal com o padrasto. O que fez foi de livre e espontânea vontade, sem coação, ameaça, violência ou temor. Mais: a moça quis repetir e assim o fez. Não pareceu arrependida ou envergonhada, simplesmente fez o que sentiu vontade.A maneira pela qual se expressou nas diferentes ocasiões deu para divisar o quanto a jovem é desvencilhada de pré-conceitos e preconceitos. Repetiu mais de vez, que gostava do padrasto e quis o contato íntimo. Sabia o que fazia. Não se trata de pessoa ingênua.

Com tais fundamentos, a julgadora de primeira instância relativizou a presunção de violência insculpida no artigo 224, “a” com a redação original do Código Penal, afastando a alegação de tipicidade da conduta, absolvendo o réu.

Os fundamentos enumerados pela sentença de primeira instância chamam a atenção por carregarem consigo forte carga de valoração moral da situação fática, afastando determinação legal impositiva, consubstanciada em norma penal. O caso, pela peculiaridade típica dos delitos que envolvem violência doméstica contra criança e adolescente, chegou à Corte Superior de Justiça, que, em julgamento de recurso, também efetuou valoração moral da conduta, desta feita em sentido diametralmente oposto ao realizado em primeira e segunda instâncias. Resta saber, dentre as duas perspectivas apresentadas, qual delas se mostrou mais consentânea com os princípios insculpidos na Constituição Federal, e aos quais devem os operadores do Direito obediência.

Dentro do modelo de análise proposto por Kelsen, moral e direito constituem diferentes espécies de sistemas de normas, mantendo, todavia, suas respectivas autonomias. Isto quer dizer que o direito pode ser moral (no sentido

de ser justo), mas não tem, necessariamente, de sê-lo, ou que uma ordem social que não é moral pode, no entanto, ser Direito[17].

Transpondo-se a perspectiva kelseniana para o caso concreto em análise, a mera confirmação da prática de atos libidinosos com menor de catorze anos faria inferir, de imediato, a tipicidade da conduta, e por conseguinte a responsabilização penal do agente. Ou seja, havendo uma norma, proveniente de agente com poder para editá-la, tendo esta, portanto, validade (aptidão para gerar efeitos no mundo real) e vigência, há de ser aplicada.

Tal raciocínio, embora formalmente correto, na época do julgado, em algumas hipóteses de extrema excepcionalidade, poderia resultar em uma punição em desacordo com o que se esperava de justiça, no caso concreto. Como por exemplo, figure-se o caso de um casal de namorados, contando ele com dezoito anos de idade, e ela, com treze, vindo aquele a ser indiciado no caso de vir a conhecimento da autoridade policial, por intermédio de representante legal da vítima, de que ambos mantinham relacionamento sexual. A hipótese trazia a possibilidade de equiparação do jovem no exemplo ao modelo de criminoso (estuprador), indiferente à incolumidade sexual de suas vítimas[18]. Eram os subterfúgios utilizados nos casos em que se verificava o descompasso entre os avanços de comportamento na sociedade, que não mais se coadunavam com as prescrições de um Código Penal de uma era já ultrapassada. Ressalte-se que tais abrangiam apenas hipóteses especialíssimas, como as do exemplo anteriormente apontado, evidentemente não abarcando os casos de abuso no contexto doméstico.

Criava-se, assim, uma regra de reconhecimento, segundo o modelo proposto por Hart, inserindo-se no contexto de aplicação da norma posta pelo sistema (ato de vontade, independente desta, editado pelo legislativo, gerando plenos efeitos no mundo real, com carga de impositividade) a prática social adotada como critério de validade da conduta, naquele momento histórico.

---

[17] KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 72.

[18] Ressalve-se que, nestes casos, vinha a jurisprudência admitindo a relativização da presunção de violência em casos em que restasse comprovada a experiência sexual anterior da vítima, a excluir o caráter de vulnerabilidade desta, ou mesmo admitindo-se o caráter relativo, quando da análise do conjunto probatório (como, por exemplo, aparência física e comportamento da vítima) não se tivessem elementos seguros para inferir-se que o acusado detinha efetivamente conhecimento da real idade da vítima. Neste sentido o julgado emblemático proferido em sede de habeas corpus, STF – HC 73662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/09/96, p. 34.535.

A estratégia utilizada para evitar mal maior causado pelo sentimento de injustiça, todavia, foi aos poucos tomando vulto de generalização, uma vez que o sistema jurídico brasileiro se orienta não somente pela determinação da lei e doutrina, característica dos sistemas submetidos ao *civil law*, mas também pela força orientadora dos precedentes, consubstanciados nos inúmeros julgados que terminaram por banalizar o instituto da relativização inclusive quando o foco maior de atenção deveria ser o da proteção da infância e adolescência contra males como o da prostituição[19].

Foi dentro desta antinomia entre o conceito de vigência e validade da norma específica ao caso de delitos sexuais quando se tratasse de violência presumida em razão da idade da vítima, em casos específicos[20], que a jurisprudência pátria oscilou entre favorecer os interesses dos réus, levando em consideração questões circunstanciais ao tipo descrito na lei penal, como características físicas da vítima ou seu comportamento social, e a aplicação do texto insculpido na lei penal, reconhecendo-se a tipicidade da conduta unicamente pela subsunção do fato ao tipo.

No julgado destacado, porém, a inovação surge quando se levam em conta aspectos diversos ao que se vinha considerando até então: o reconhecimento da tipicidade da conduta partiu da observância tão-somente da idade da vítima para firmar-se a culpabilidade do indivíduo acusado de delito sexual (e neste ponto, percorrendo caminho que culminou na necessidade de afastamento de qualquer juízo moral sobre o comportamento social da vítima ou particular conduta que tenha em algum momento provocado a eclosão do delito), desembocando na afirmação máxima de que o afastamento de qualquer

---

[19]Aliás, vale conferir o julgado proferido pelo STJ, EREsp 1.021.634/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 23/03/12. O caso analisou a condenação de um indivíduo por haver mantido, reiteradamente, relações sexuais com três jovens, todas menores de catorze anos de idade, que já se entregavam à prática da prostituição. A relativização da presunção de inocência, neste caso, fundou-se na demonstração de que o agente não se teria aproveitado da inocência e ingenuidade das vítimas, acerca das coisas afetas ao sexo, posto que estas já tinham vivência em referidas práticas.

[20]Ferrajoli, em contraposição ao modelo kelseniano, propugnava vincular-se o critério de vigência da norma à submissão desta a critérios formais, ou seja, de obediência a normas superiores quanto a seu processo de edição, e o critério de validade a submissão de seu conteúdo aos princípios inculpidos na norma fundamental. Os direitos fundamentais, seja os direitos sociais e as obrigações positivas que impõe ao Estado, sejam os direitos de liberdade e os correspondentes deveres negativos que limitam suas intervenções, equivalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade substancial das normas produzidas e expressam ao mesmo tempo, os fins a que está orientado este moderno artifício que é o estado constitucional de direito (FERRAJOLI, Derechos y Garantias. 4ª ed. Madri: Trotta, 2004, p. 22).

juízo moral acerca de qualquer atributo ou características da vítima decorre da necessidade de afirmação da defesa dos direitos fundamentais das vítimas, como medida de garantia da própria subsistência de nosso sistema jurídico, fundado em princípios garantistas.

A própria alusão, no corpo do voto, a que o direito penal moderno não se compadece com a desproteção de direito de crianças e adolescentes, pela natural fragilidade física e psíquica destas, robustece o caráter garantista dos argumentos que o informam.

> Nem creio seja preciso muito esforço para se deduzir que a referida magistrada seguiu um padrão de comportamento judicial tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva e a partir daí se julga o réu. (...) Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justifica-la. Expressões como "amadurecimento sexual da adolescente", "experiência sexual pretérita da vítima", ou mesmo a utilização das expressões "criança prostituta" ou "criança sedutora" ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados. (...) Julgou-se a vítima, pois afinal, "não se trata de pessoa ingênua". Desse modo, tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal – aqui, uma juíza – que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído. Igualmente frágil a alusão ao "desenvolvimento da sociedade e dos costumes" como fator que permite relativizar a presunção legal de violência de que cuidava o art. 224, "a" do CPB. Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da "modernidade" é antípoda ao sustentado no voto hostilizado. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Ou seja, se antes a constatação da tipicidade da conduta em casos que tais firmava-se unicamente em um juízo de subsunção do fato à norma – verificado que a idade da vítima se amoldava ao descrito no tipo penal, concluía-se pela existência de conduta típica, hoje a constatação da ocorrência dos

requisitos formalmente descritos na norma – e unicamente estes – decorre da necessidade de reafirmação de princípios cuja concretização resulta de compromisso assumido em nossa lei maior, qual seja, a garantia de direitos fundamentais, e neste caso específico, de direitos fundamentais de maior relevância, direitos de criança ou adolescente vítima de violência sexual. Em outras palavras, buscou-se conferir proteção maior à sociedade, e por via transversa, à vítima, conferindo-se efetividade ao princípio garantista previsto em nossa ordem jurídica a partir da edição da Constituição Federal.

Na verdade, no caso presente, ao buscar tutela de direito fundamental de parte importante na relação processual – a vítima – no direito penal, conferiu-se efetividade ao princípio garantista que norteia nosso sistema jurídico, a partir da nova ordem constitucional. Se de um lado a perspectiva garantista pressupõe a defesa de direito do indivíduo contra ato do Estado (garantismo negativo), de outro deve assegurar o equilíbrio nas relações sociais e, por consequência, também a proteção de direitos a prestações positivas, neste passo consubstanciados em direitos da sociedade à segurança e incolumidade. Neste contexto, importa salientar que a vítima constitui parte importante na relação processual, e em uma ordem constitucional de garantia de direitos, é protagonista e merecedora de particular atenção. Sendo assim, a perspectiva positiva garantista abrange não somente os direitos prestacionais da coletividade, mas também a perspectiva de proteção dos direitos da vítima, tanto que a lei processual penal lhe confere, a partir da reforma iniciada em 2008, direitos efetivos de participação na relação processual.

Daí porque, em casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, no que diz respeito à interpretação da presunção de violência em razão da idade da vítima, a jurisprudência evoluiu de um mero juízo de subsunção do fato à norma (verificação da idade da vítima, no caso concreto, para posterior efetivação de um juízo de culpabilidade acerca da conduta do réu) para, evidenciadas as diversidades de comportamento resultantes da modernização dos costumes, passar-se, a partir da edição de uma regra de reconhecimento, a modulação do comando normativo, adequando-se-o a cada caso concreto, o que resultou em distorções do sistema, chegando em alguns casos a evidenciação de impunidade penal.

O julgado em questão firma, em um contexto penal vinculado não somente ao comando normativo (típico dos sistemas vinculados ao *civil law*, como o nosso), mas também atento às variações de entendimento jurisprudencial, novamente a primazia da vontade da lei em casos de violência sexual contra crianças e adolescentes, todavia, com o fundamento de que a obediência à lei decorre da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente das vítimas, primado estabelecido pelo estado brasileiro em razão de princípios maiores plasmados na Constituição Federal e nos tratados internacionais firmados.

CONCLUSÃO

A concepção de validade e interpretação da norma, sob a perspectiva positivista, desde o início mostrou a dificuldade de solução a determinados casos, diante da insuficiência do critério da subsunção propugnado, justamente em razão da complexidade das relações humanas.

Neste contexto, a dificuldade do intérprete em admitir um espaço de discricionariedade no momento da escolha da solução, bem como o problema derivado do espaço semântico da aplicação dos signos linguísticos à realidade fática, fez com que se buscassem novos caminhos para uma melhor determinação do direito aplicável ao caso concreto.

Partiu-se, portanto, a construção de uma concepção de direito como um conjunto de regras inseridas dentro de determinado contexto social. O critério de validade da norma dependeria da conduta social reconhecida em determinado momento histórico na comunidade em que subsiste.

Todavia, mesmo se admitindo, dentro do processo interpretativo – e no esforço em determinar-se qual o melhor direito aplicável ao caso concreto – a possibilidade de inserção de conceitos de cunho social na determinação das regras aplicáveis, a insuficiência deste modelo normativo ensejou a adoção de critérios outros para solução dos casos difíceis.

Nesta linha, partiu-se para uma tentativa de definição de uma teoria do direito com base na seleção de argumentos jurídicos adequados, compreendidos como aqueles fundados na melhor interpretação moral possível

das práticas em vigor em determinada comunidade. Assim, o juiz poderia agir guiado por princípios, que integrariam o direito tanto quanto as regras, podendo inclusive alterar estas últimas, quando não obedeça aos padrões obrigatórios de uma comunidade. O julgador agiria desta forma na busca da melhor resposta ao caso concreto.

No Brasil, este movimento interpretativo pôde ser verificado nos casos de julgamento de crimes contra a liberdade sexual envolvendo crianças e adolescentes. A antiga redação do Código Penal previa, em seu artigo 224, "a", hipótese de presunção de violência, quando a vítima contasse com menos de quatorze anos de idade. A partir daí, surgiram inúmeros casos específicos, nos quais se buscou, na fundamentação de sentença, afastar a hipótese de presunção prevista na lei, mediante a utilização de argumentos de natureza moral que afastassem o caráter reprovável da conduta posta em análise ao julgador. Nestes, partia-se da verificação do comportamento da vítima face às modificações operadas na sociedade, relativamente aos costumes, em oposição ao que se verificava na sociedade à época da edição do Código Penal, para, então, relativizar-se a presunção de violência prevista objetivamente na norma, afastando-se a tipicidade da conduta.

De um juízo de mera subsunção do fato à norma, passou-se a analisar o comportamento da vítima sob o prisma moral, de acordo com os costumes da época, para então analisar-se eventual reprovabilidade da conduta do réu. Critérios como o esclarecimento sexual da vítima, devido a maior circulação de informação empreendida pelos meios de comunicação, ou mesmo eventual evoluçãodo costumes quanto ao comportamento sexual da mulher foram levados em consideração para, em casos especiais, afastar-se a tipicidade da conduta por meio da relativização da presunção de violência em razão da idade da vítima. Tais exercícios de argumentação pautaram-se, de início, na busca de uma melhor solução ao caso concreto, e levando em consideração princípios maiores de proteção à pessoa do réu, bem como a busca da solução mais adequada (justa) ao caso concreto.

No entanto, a proliferação de argumentos de cunho moral, no exercício de defesa de direitos fundamentais apenas dos réus acabaram por levar a soluções que ensejaram o desequilíbrio na relação processual,

redundando em respostas penais desproporcionais, na medida em que se a melhor interpretação da lei deveria ser a que assegurasse os melhores argumentos em consonância com os princípios de proteção plasmados na Constituição, estes argumentos deveriam dar primazia não somente à proteção dos direitos fundamentais do réu, mas também deveriam obediência à proteção a interesses maiores da sociedade e, em um segundo momento, da vítima.

Sob esta perspectiva, a interpretação a ser conferida em sede de julgamento de delitos de natureza sexual contra crianças e adolescentes haveria de observar os princípios garantistas, consignados no sistema jurídico pátrio na medida em que previssem a prevalência a defesa de direitos fundamentais do réu (consubstanciados em ações negativas por parte do Estado), mas também direitos da sociedade (consubstanciados em prestações positivas do Estado, dever de ação). Neste último aspecto, consigne-se que o dever de proteção estatal seria conferido à sociedade na defesa de seus direitos, na medida em que enunciaria a este último o dever de agir de forma como propugnado na lei, na defesa do direito da coletividade, consubstanciado no direito à segurança pública e à proteção da incolumidade de seus indivíduos.

Sendo assim, o acórdão paradigma informa, com a devida precisão, que em casos de violência sexual praticada contra criança ou adolescente, a interpretação a ser conferida deverá ser justamente aquela de aplicação do disposto na lei penal, mas não unicamente compreendido em mero exercício subsuntivo.Ao argumento meramente subsuntivo do fato à lei, devem ser acrescidos fundamentos fincados na necessidade de proteção da infância e adolescência, ideais firmados não somente na Constituição Federal, mas também em tratados dos quais o Estado Brasileiro foi parte.

Do ideal subsuntivo propugnado pela escola positivista, acresceram-se argumentos de cunho garantista, conferindo justificação que ultrapassa a mera adequação do fato à norma, e afastando qualquer ilação acerca da conduta sexual da vítima, como forma de defesa dos direitos de alguém que, se não em um primeiro momento não seria protagonista da cena, ao menos é parte importante na relação processual: a vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

______________. **Derechos y Garantias. La Leydelmás débil**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

FISCHER, Douglas. **Garantismo Penal Integral**. 2ª ed. Salvador: Ed. Jvspodium, 2013

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 6ª edição. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 2011

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. **Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e NiklasLuhmann**, in: Direito e Filosofia: a noção de Justiça na História da Filosofia. Maria Constança Peres Pissara; Ricardo Nascimento Fabrini (coord.). São Paulo: Atlas, 2007

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006

____________.**A Ilusão da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 1998

____________. **O problema da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998

A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: DA SEGREGAÇÃO À DESEGREGAÇÃO RACIAL

Ney de Barros Bello Filho[21]

Luiz Fernando Pedrosa Fontoura[22]

Resumo: A proposta do presente ensaio é investigar o papel da Suprema Corte Americana na configuração política dos Estados Unidos da América, sobretudo, no que diz respeito às questões relacionadas à segregação (e desegregação) racial. A hipótese que se tentará comprovar é a de que, seja para a institucionalização da segregação racial quanto para a sua extinção, o papel desempenhado pela Suprema Corte foi decisivo. Sem as decisões proferidas pela mais alta Corte, nenhum dos dois sistemas teria prosperado no meio social norte-americano. Constata-se, portanto, que a decisões tomadas por uma Corte Constitucional influenciam a vida política e social de toda uma nação.

Palavras Chaves: Suprema Corte dos Estados Unidos. Segregação Racial. Papel político-social.

Abstract: The purpose of this essay is to investigate the role of the Supreme Court in American political configuration of the United States, especially with regard to issues related to segregation (and desegregation) race. The hypothesis

[21] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Pós-doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS, Professor dos PPGDIR da UFMA e do IDP.
CPF: 325.175.513-91.
Endereço: Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Edifício Sede II. SAL/SUL – Quadra 2, Bloco K. Praça dos Tribunais Superiores. Brasília – DF. CEP: 70070-900.
Telefones: (98) 98181-0529 / 99110-0529. (61) 3314-5225.
E-mail: ney.bello@gmail.com
Endereço CV: http://lattes.cnpq.br/9181447007798771

[22] Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Advogado Público Federal (Procurador Federal), Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária no Estado do Maranhão. Professor da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.
CPF: 882.783.363-34.
Endereço: Rua São Bernardo, S/N, Condomínio Vila Romana, Casa 09, Olha D'Água. São Luís – MA. CEP: 65065-440.
Telefones: (98) 98114-1205 / 99114-8872.
E-mail: lfernandopfontoura@gmail.com
Endereço CV: http://lattes.cnpq.br/4812246804808922

that tries to prove is that, is to institutionalize racial segregation and for its extinction, the role of the Supreme Court was decisive. No judgments rendered by the highest court, none of the two systems would have thrived in the American social environment. It appears, therefore, that the decisions taken by a Constitutional Court influencing the political and social life of a whole nation.
Key Words: Supreme Court of the United States. Racial segregation. Political and social role**.**

1. INTRODUÇÃO

A Suprema Corte Norte-Americana é provavelmente um dos grandes símbolos da solidez das instituições dos Estados Unidos da América do Norte.

De fato, ao longo da história, os seus juízes têm desempenhado um importante papel na consolidação e construção de institutos jurídicos que vêm servindo de paradigma para outras ordens jurídicas.

Como exemplo, podem ser citados a criação do judicial *review* (controle difuso da constitucionalidade) e a elaboração de princípios como o devido processo legal (*due processo of law*) e a isonomia (*equal protection of laws*).

O presente estudo visa delinear um panorama, ainda que perfunctório, sobre alguns julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos para que se possa demonstrar o papel desempenhado pela Corte na configuração política norte-americana.

Para tanto, abordar-se-ão alguns dos principais precedentes da Corte Suprema envolvendo os negros e que tiveram, de alguma forma, influência na vida política e social dos Estados Unidos.

2. THE AMISTAD (1841)[23]

Antes do renomado precedente *Dred Scott v. Sandford* (1857), a Suprema Corte Norte-Americana enfrentou a questão da escravidão no caso *United States v. Libellants and Claimants of the Schooner Amistad* (1841).

Em síntese, esse caso versou sobre uma escuna espanhola *La Amistadé* apreendida na costa americana próximo a *Long Island*, Nova Iorque, em 1839. A escuna havia deixado Serra Leoa, território sob jurisdição inglesa, com escravos ilegalmente comerciados.

Em Cuba, os escravos foram vendidos a dois espanhóis que se dirigiam para Porto Príncipe. Entretanto, no meio do translado, os escravos se amotinaram e tomaram a embarcação, exigindo que os dois espanhóis (que os haviam comprado) rumassem novamente para leste, em direção do sol nascente, ou seja, para a África.

Durante o dia, o navio rumava para leste, mas durante a noite os espanhóis o direcionavam para o noroeste, de forma que foram capturados pela Marinha norte-americana e levados para *Long Island*.

Os membros sobreviventes da tripulação do navio ajuizaram ação junto à justiça americana e, além de acusarem os negros de pirataria e assassinato, requereram a propriedade da "mercadoria" transportada pelo navio: os negros.

Entretanto, o seu pleito encontrou obstáculo na rainha da Espanha, que também desejava o conteúdo transportado pelo navio de bandeira espanhola, bem como no pleito dos oficiais norte-americanos que aprenderam o barco e que, como compensação pelo "regaste", também exigiam a propriedade dos negros.

Contra todos esses pleitos, em defesa dos negros, levantaram-se os defensores da liberdade humana.

Quando o caso chegou ao conhecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal firmou o entendimento de que os negros, em

---

[23] História consultada a partir de: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=40&invol=518.

nenhuma circunstância, poderiam ser considerados mercadoria[24], uma vez que provinham da África, onde foram capturados ilegalmente[25].

Além disso, a Suprema Corte entendeu que as provas trazidas aos autos do processo demonstravam que os negros capturados nunca foram escravos, nem poderiam ser considerados piratas ou ladrões.

Nesse quadro, o Excelso Tribunal norte-americano determinou que os negros fossem postos em liberdade imediatamente e mandados de volta para a África, fato que ocorreu em 1842.

Apesar disso, cabe destacar que essa decisão da Corte Suprema Americana não pode ser taxada de abolicionista.

À bem da verdade, é pertinente esclarecer que se os negros houvessem sido trazidos da África antes de 1820 – data do Tratado espanhol que proibiu o tráfico de escravos –, muito provavelmente, a decisão proferida pela Corte teria sido no sentido de considerá-los propriedade dos espanhóis sobreviventes.

3. DRED SCOTT V. SANFORD (1857)[26]

No que diz respeito ao direito de liberdade propriamente dito, o caso *Dred Scott v. Sanford* (1857) é tido como a representação da primeira etapa da evolução da luta pela igualdade e liberdade nos Estados Unidos de que se tem notícia.

O relatório do caso foi o seguinte:

Sam foi um escravo comprado pelo Dr. *John Emerson*, um cirurgião do exército, que o batizou de *Dred Scott*.

---

[24] A defesa dos negros conseguiu provar que os escravos não foram comprados em Cuba, mas que eram africanos e haviam sido capturados na África. Portanto, levando em conta ainda que o tráfico internacional de escravos já se encontrava proibido até mesmo pela Espanha, os negros foram transportados ilegalmente até Cuba, onde trocaram de navio e embarcaram no Amistad para possivelmente serem comercializados novamente posteriormente.

[25] História consultada a partir de: http://www.amistadresearchcenter.org/Docs/Johnson%20-%20The%20Amistad%20Case%20and%20Its%20Consequences.pdf.

[26] História consultada a partir de: http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1856/1856_0 e http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=60&invol=393.

À medida que o oficial americano era removido de posto, *Dred Scott* o acompanhavam de forma que, por causa de algumas dessas remoções, acabou residindo em localidades onde a escravidão havia sido extinta ou proibida.

Foi assim em 1834, em *Rock Island*, no Estado de *Illinois*, cuja Constituição proibia a escravidão; e também em 1836, no *Fort Snelling*, localizado no então recém-criado o Território Federal de *Wisconsin*[27], onde a escravidão era proibida por uma Lei Federal – *Missouri Compromise Act* de 1820[28] (CAMPOS, 2013, p.4714).

Após o falecimento do seu proprietário, *Scott* se tornou propriedade da viúva *Emerson* e pleiteou sua liberdade, fundamentando o seu pedido no *Missouri Compromise Act* (1820), sustentando a doutrina do "uma vez livre, sempre livre" (*once free, always free*). Em síntese, alegava ter adquirido o direito à liberdade quando residiu no Estado de *Illinois* e no Território de *Wisconsin*.

Inicialmente, *Scott* obteve a vitória, mas a decisão foi revertida pela Suprema Corte do *Missouri*. O argumento essencial para a decisão da Corte em questão se baseou na negativa de reconhecer ao negro a condição de cidadão americano. Incoformado, *Dred Scott* valeu-se do *writ of error* levando a questão à Suprema Corte Americana (TAVARES, 2003, p. 292-293).

Ao seu turno, *Sandford*[29] alegou quer a Corte não deveria apreciar a questão, uma vez *Scott* não era um cidadão de *Missouri*, mas sim um escravo.

Inicialmente, pelo voto do relator, *Justice Nelson*, a Corte Suprema dos Estados Unidos não iria analisar a questão envolvendo a escravidão, mas apenas negar provimento ao recurso pelo fato de *Scott* ser um escravo e, com esse *status,* não sendo um cidadão, não possuir o direito de postular diante de um Tribunal Americano.

Todavia, o *Justice Wayne* levantou o questionamento sobre a importância da Suprema Corte enfrentar efetivamente a questão, tendo a maioria acatada a posição de apreciar o mérito da causa.

---

[27] Território adquirido da França pelos Estados Unidos (TAVARES, 2003, p. 292).
[28] A lei que assegurava aos escravos dos novos territórios federais o direito à liberdade.
[29] A essa altura, *Scott* e sua família já eram propriedade de *John Sandford*, irmão da viúva *Emerson* que havia se casado novamente.

Nesse quadro, a Suprema Corte acabou decidindo três questões principais ao apreciar o caso:

Primeiro, afirmou que negros livres não podem se tornar cidadãos dos Estados Unidos. Esta era uma opinião dominante na época, inclusive era a opinião de *Marshall*. Afirmava-se que os negros não eram cidadãos originais e que conceder esta cidadania não era a intenção dos *Framers*. E, o que foi pior, sustentou-se a inferioridade racial dos negros.

Em segundo lugar, decidiu-se que o Congresso não possui poderes para abolir a escravidão, afirmando a inconstitucionalidade do *Missouri Compromise Act* (1820). Entendeu-se que a Constituição era aplicável aos territórios e, sendo os escravos uma propriedade e estando os direitos de propriedade protegidos pelo devido processo legal substantivo da 5ª Emenda, a restrição à escravidão nos territórios seria inconstitucional[30]. Este raciocínio, apesar da iniqüidade dos resultados, foi importante porque foi a primeira menção ao substantive *due process of law* como critério regulador da constitucionalidade das leis.

Em terceiro lugar, a Corte afirmou que *Scott* não era livre, apesar de ter vivido em *Illinois* (Estado livre) pelo fato de ter voltado a viver em *Missouri*, cuja lei deveria governar seu status.

---

30 "(...) o direito de propriedade sobre o escravo é distinta e expressamente afirmado na Constituição. O direto de transportá-lo, como um artigo de mercadoria comum e propriedade, foi garantido aos cidadãos dos Estados Unidos em todos os Estados que eles possam desejar fazê-lo." (...) E nenhuma palavra pode se encontrar na Constituição que conceda ao Congresso um maior poder sobre a propriedade escrava, ou que atribua a uma propriedade desse tipo menos proteção do que qualquer outro tipo de propriedade." (...) Fundado nessas considerações, é o parecer desta Corte que o Ato do Congresso que proibiu os cidadãos de manter e possuir propriedade desse tipo no território dos Estados Unidos ao norte da linha mencionada, não é garantido pela Constituição, e é portanto nulo; e que nem Dred Scott, nem ninguém de sua família, se tornaram livres ao serem transportados para esse território; mesmo que tivesses sido transportados para lê pelo seu dono, com a intenção de lá se tornar residente permanente." No original: *"(...) the right of property in a slave is distinctly and expressly affirmed in the Constitution. The right to traffic in it, like and ordinary article of merchandise and property, was guaranteed to the citizens of the United States in every State that might desire it" (...) And no word can be found in the Constitution wich gives Congress a greater power over slave property, or wich entitles property of that kind to less protection than property of any other description." (...) "Upon these considerations, it is the opinion of the court tht the Act of Congress wich prohibited a citizen from holding and owing property of this kind in the territory of the United States north of the line therein mentioned, is not warranted by the Constitution, and is therefore void; and that neither Dred Scott himself, nor any of his familiy, were made free by being carried into this territory; even if they had been carried there by the owner, with the intention of becoming a permanent resident."* (PADOVER, 1965, p. 129).

Em seu voto, o juiz presidente[31] da Corte Suprema escreveu:

> A questão é simples assim: pode um negro, cujos ancestrais foram importados para este país, e vendidos como escravos, tornar-se membro da comunidade política formada e instituída pela Constituição dos Estados Unidos, e assim tornar-se titular de todos os direitos, privilégios, e imunidades, garantidas por esse instrumento ao cidadão? Um desses direitos é o privilégio de propor uma ação em uma corte dos Estados Unidos nos casos especificados na Constituição. (...) Pensamos que não, e que eles não estão incluídos, e que não se intentou que fossem incluídos, sob a palavra 'cidadãos' na Constituição, e que não podem reclamar nenhum dos direitos e privilégios por ela criados e garantidos aos cidadãos dos Estados Unidos. Ao contrário, eles foram naquele tempo considerados como uma subordinada e inferior classe de coisas, que foram subjugados pela raça dominante, e, ainda que emancipados ou não, continuam sujeitos à sua autoridade, e não têm direitos ou privilégios, mas apenas aqueles que o poder e o governo eventualmente lhes conferir. (...) Ninguém dessa raça jamais imigrou para os Estados Unidos voluntariamente; todos foram trazidos para cá como mercadorias. O número dos que estavam emancipados, ao tempo da elaboração da Constituição, era muito menor do que os que eram mantidos escravos; e estavam identificados, na opinião pública, com a raça à qual pertenciam, em não com a população livre. É óbvio que eles não estavam na mente dos autores da Constituição quando eles conferiram direitos e privilégios aos cidadãos de um Estado em qualquer parte do território pertencente à União.

A decisão da Suprema Corte Americana ganhou a seguinte divulgação à época:

> Washington, Sexta-feira, 6 de Março- O parecer da Suprema Corte no caso Dred Scott foi prolatado pelo Juiz Presidente Taney. Foi uma longa e elaborada declaração sobre as visões da Corte. Foram decididos os segundos pontos importantes: Primeiro – Negros, sejam escravos ou livres, isto é, homens da raça Africana, não são cidadãos dos Estados Unidos segundo a Constituição; Segundo – A Ordenação de 1787 não tinha força constitucional ou legal independente após a adoção da Constituição, e não podia operar de forma a conferir liberdade ou cidadania dentro do território do Nordeste a negros que não são cidadãos segundo a Constituição; Terceiro – As provisões do Ato de 1820, comumente conhecido como o Compromisso do Missouri, no que concerne a excluir a escravidão negra e comunicar liberdade e cidadania na parte norte da Lousiana, foi um ato legislativo que excedeu os poderes do Congresso, logo

[31] TANEY, Roger B. "Opinião", em Dred Scott v. John F. A. Sandford, 60 U.S. (19 How.) 393, 403-405, 411-412 (1856), em http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=60&invol=393.

nulo, e sem efeito legal para tanto[32].

Para muitos estudiosos, a decisão proferida pela Suprema Corte no caso *Dred Scott v. Sandford* (1857) foi o verdadeiro estopim para o início da guerra civil americana.

De fato, por meio da decisão judicial prolatada, o Tribunal Supremo dos EUA não só resolveu o caso concreto, mas foi além, declarando a inconstitucionalidade de quaisquer normas estaduais que estabelecessem a proibição do trabalho escravo, uma clara demonstração do que hoje é denominado de ativismo judicial.

Relevantes destacar que o caso se constituiu no segundo pela qual a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou um ato do congresso por inconstitucionalidade (RODRIGUES, 1992, p. 92)[33].

Entretanto, foi a primeira vez[34] que a Suprema Corte julgou inconstitucional uma lei com base em uma visão substancial do princípio do devido processo legal[35].

Por fim, o precedente analisado foi um dos fatores que desencadeou a Guerra de Secessão, tamanha foi a revolta que causou nos abolicionistas[36].

---

[32] No original: "*Washington, Friday, March 6 - The opinion of the Supreme Court in the Dred Scott Case was delivered by Chief Justice Taney. It was a full and elaborate statement of the views of the Court. They have decided the following important points: First - Negroes, whether slaves or free, that is, men of the African race, are not citizens of the United States by the Constitution. Second - The Ordinance of 1787 had no independent constitutional force or legal effect subsequently to the adoption of the Constitution, and could not operate of itself to confer freedom or citizenship within the Northwest Territory on negroes not citizens by the Constitution. Third - The provisions of the Act of 1820, commonly called the Missouri Compromise, in so far as it undertook to exclude negro slavery from, and communicate freedom and citizenship to, negroes in the northern part of the Louisiana cession, was a Legislative act exceeding the powers of Congress, and void, and of no legal effect to that end.*" (http://nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0306.html#article)

[33] A primeira que um ato do congresso havia sido anulado pela Suprema Corte, foi em 1803, na decisão proferida na análise do Precedente *Marbury v. Madison*. Precedente que é tido como a mais importante declaração de autoridade pela "Corte Marshall" e onde foi afirmado o poder do Tribunal Supremo Americano para julgar inconstitucional e deixar de aplicar uma lei federal incompatível com a Constituição. O precedente, portanto, foi responsável pelo salto que o Direito Constitucional Americano deu em direção ao entendimento de que a Suprema Corte Federal é o órgão competente pela última palavra quanto à constitucionalidade das leis. Essa decisão é tida como a primeira afirmação da Suprema Corte Americana de seu poder de judicial *review*, que é a essência de seu papel no sistema de governo norte-americano.

[34] No mesmo sentido, Christopher WOLFE (1991, p. 206) afirma que o precedente *Dred Scott* foi o único emprego significativo, anterior à Guerra Civil, do devido processo judicial substantivo.

[35] O *Missouri Act* (1850) era inconstitucional porque, contrariamente ao disposto na 5ª Emenda, admitia pudesse um cidadão (no caso o proprietário de Scott) ser privado de bens de sua propriedade (o escravo) sem *due process* (RODRIGUES, 1992, p. 92)

4. ABLEMAN V. BOOTH (1859)[37]

Em 1859, a questão da escravidão voltou a ser tratada pela Suprema Corte norte-americana no caso *Ableman v. Booth* (1859), onde *Sherman M. Booth* foi denunciado em razão de ter auxiliado um escravo fugitivo.

Assim, por ter ajudado a fuga de um escravo perseguido pelo policial *Ableman,* o abolicionista *Booth* foi preso por violação do *Fugitive Slave* Act de 1850[38].

Booth, então, peticionou para a Suprema Corte de *Wisconsin*, alegando que sua prisão era ilegal, em vista da inconstitucionalidade da referida Lei Federal.

A Corte Estadual decidiu que a Lei referenciada era inconstitucional e ordenou a soltura de *Booth*.

Entretanto, a questão foi levada à apreciação da Suprema Corte dos Estados Unidos que teve o entendimento de revisar a decisão da Suprema Corte de *Wisconsin*, ao argumento de que "o ato do Congresso conhecido como *Fugitive Slave Act* é, em todos aspectos, plenamente autorizado pela Constituição dos Estados Unidos da América" (TAVARES, 2003, p. 290-291).

Portanto, em *Ableman v. Booth* (1859), a Suprema Corte dos Estados Unidos pronunciou a constitucionalidade do *Fugitive Slave Act* e declarou a supremacia do Governo Federal sobre os Governos Estaduais, uma vez que firmou o entendido de que os Estados não tinham poder para rever ou declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais.

A decisão no caso *Ableman v. Booth* (1859) representou uma das últimas vitórias dos escravocratas contra os abolicionistas.

---

[36] No caso *Dred Scott* a Corte sustentou que o Congresso havia excedido seus poderes constitucionais ao adotar o Acordo do *Missouri* que proibia a escravidão em alguns territórios. A decisão tinha a intenção de resolver a controvérsia jurídica sobre a escravidão. Mas a controvérsia aumentou e a Corte passou a ser "aviltada" pelos Estados do Norte (BAUM, 1987, p. 39).

[37] História consultada a partir de: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=62&invol=506.

[38] Sob esta lei, fugitivos não podiam testemunhar em seu favor, muito menos valer-se de um julgamento pelo júri. Além disso, pesadas punições eram impostas aos oficiais que se negassem a aplicar a lei ou dos quais escapassem algum fugitivo. Penalidades também eram impostas aos indivíduos que ajudasse os escravos a escapar (TAVARES, 2003, p. 290).

Dois anos depois dessa decisão, os Estados Unidos se dividiriam no confronto civil mais sangrento de sua história, a chamada Guerra de Secessão.

Para melhor entender o contexto histórico americano, a partir de então, cabe destacar que:

Entre 1861 até 1865, os Estados Unidos da América estiveram envolvidos na chamada Guerra de Secessão.

Em 1863, houve a abolição da escravidão nos Estados Unidos da América com o *Emancipation Proclamation*, do então Presidente *Abrahan Lincoln*[39].

Entretanto, a proibição da escravidão só ficou gravada na Constituição[40] dos Estados Unidos, em 1865, por meio da 13ª Emenda[41]. Cabe destacar ainda que a referida Emenda foi taxada de inconstitucional sob o argumento de que desrespeitava direitos civis, originalmente assegurados pela Constituição americana.

Somente com a 14ª Emenda é que as cláusulas do devido processo legal e da igual proteção se tornaram imperativas a todos os Estados da Federação Norte-Americana.

De fato, a 14ª Emenda Constitucional foi adotada visando, precipuamente, a proteção dos direitos civis e dos direitos dos negros[42].

A referida Emenda considerou cidadã todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição e não fez mais do

---

[39] A guerra terminou pela completa abolição da escravatura em todos os Estados que haviam aderido à rebelião. O Presidente da República declarou a abolição por meio *Emancipation Proclamation* e os exércitos efetivaram-na à medida que avançavam. Todos os governos provisórios reconheceram-na e quando os Estados reorganizados voltaram para serem admitidos à representação no Congresso Nacional, as respectivas Constituições continham expressamente normas sobre a proibição da escravatura. Todavia, a escravatura continuava a existir nos Estados fronteiriços e para aboli-la, dando forma constitucional à ação nacional antiescravagista, foi proposta e aceita a 13ª Emenda à Constituição americana (COOLEY, 2002, p. 213).

[40] Quando a Constituição americana foi adotada, somente no Estado de Massachusetts a escravidão era proibida. Em todos os demais existia a escravatura (COOLEY, 2002, p. 210).

[41] "Não haverá nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, escravidão ou servidão involuntária, salvo como punição de crime pelo qual o reú tenha sido convenientemente condenado"(CORWIN, p. 295-296).

[42] Corroborando essa afirmação, Thomas COOLEY (2002, p.223) observa que a teoria da igualdade da proteção das leis vem expressa na 14ª Emenda com absoluta clareza. Essa Emenda primeiramente teve por fim proteger os escravos que se emancipavam, nos direitos, como homens livres e impedir que contra eles, em razão da cor, houvessem distinções.

que repetir o já declarado pela Lei dos Direitos Civis de 1866 (RODRIGUES, 1992, p. 93).

Entretanto, a cidadania dos negros ficou sendo em vários Estados dos Estados Unidos uma cidadania de segunda classe:

> A Guerra Civil deu igualdade jurídica ao negro junto aos seus antigos senhores, mas não pôde nem podia dar-lhe a experiência do exercício da liberdade ou a condição moral perante os seus concidadãos francos para tornar a liberdade do negro uma relação aceitável e viável para eles. A discriminação contra o negro está ainda arraigada nos costumes de uma grande parte dos Estados Unidos (SCHWARTZ, 1966, p. 273).

Assim, com o fim da escravidão nos EUA, a luta dos negros norte-americanos passou a ser contra a segregação racial e, conforme observado Bernard Schwartz (1966, p. 286), a segregação racial era legalmente[43] reconhecida e adota em todo o Sul dos Estados Unidos, desde o término da Era da Reconstrução.

Entre 1881 e 1907, todos os Estados sulinos adotaram leis de segregação e, em 1954, tais leis ainda estavam em vigor em 17 (dezessete) Estados e no Distrito de Columbia. A segregação legal dos negros, conhecida como "legislação *Jim Crow*", visou à freqüência das escolas públicas e ao uso dos transportes públicos, restaurantes, teatros, hotéis, cinemas e balneários (RODRIGUES, 1992, p. 94).

A 14ª Emenda à Constituição norte-americana, em 1870, foi um importante mecanismo contra a discriminação.

Veja o seu teor, *in verbis*:

> Todas as pessoas nascidas e naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição são cidadãs dos Estados Unidos e dos Estados em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular (*due processo of law*); nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da leis (CORWIN, p. 298-299).

---

[43] A discriminação contra o negro não poderia ter um efeito tão grande sem a tolerância da ordem jurídica. Foi necessária a anuência dos tribunais para que a condição subordinada do negro se tornasse um assunto de importância extralegal (SCHWARTZ, 1966, p. 274).

A referida Emenda Constitucional dos Estados Unidos, conforme observado por Bernard Schwartz (1966, p. 287), proibia que um Estado negasse a qualquer pessoa dentro da sua jurisdição "a igual proteção das leis".

Entretanto, até antes do ano de 1954 prevaleceu nos Estados Unidos da América o entendimento da Suprema Corte Americana baseado na doutrina denominada de "separados, mas iguais".

Em apertada síntese, essa doutrina embasava o entendimento pela legalidade da segregação racial naquele país, desde que as leis que dispusessem sobre a matéria não estabelecessem tratamento "diferenciado" ou "discriminatório" entre negros e brancos.

5. CIVIL RIGHTS CASES (1875)

Fruto da doutrina do "separados, mas iguais" cabe destacar o precedente relativo ao *Civil Rights Cases* (1875) que tratou, na verdade, de várias demandas em que se examinou a constitucionalidade do *Civil Rights Act* (Lei dos Direitos Civis) de 1875, segundo o qual todas as pessoas dentro dos Estados Unidos teriam direito a tratamento igual e completo nas acomodações de hotéis, teatros e outros lugares públicos, sem distinção de raça ou cor (RODRIGUES, 1992, p. 93).

Em resumo, os negros protestavam por terem sido expulsos de restaurantes, casas de espetáculos e teatros.

Na opinião dos demandantes, o Governo Federal tinha a autoridade conferida pela 14ª Emenda para proteger todos os cidadãos de ações públicas estaduais ou privadas contrárias a seus direitos.

Apesar da brilhante argumentação, a Suprema Corte, em decisão por ampla maioria, estabeleceu que o *Civil Rights Act* de 1875 era inconstitucional, sob o entendimento de que a 14ª Emenda não dava poderes ao Congresso norte-americano para legislar em matérias de discriminação racial, sendo aplicável apenas ao Governo Federal.

Em todo o Sul, essa decisão da Corte Suprema foi interpretada como o "sinal verde" para a legislação discriminatória e, como conseqüência, houve a

expansão da segregação de negros nos espaços privados, nos empregos e na vida pública.

Assim, entre os anos de 1881 e de 1907, todos os Estados sulinos adotaram leis "de segregação racial" de forma que, até o ano 1954, essas leis ainda estavam em vigor em 17 (dezessete) Estados e no Distrito de Colúmbia (RODRIGUES, 1992, p. 94)[44].

Cabe destacar que o fato de ser sancionada por leis foi um dos fatores essenciais que tornou a discriminação contra o negro nos Estados Unidos tão importante[45].

Nesse quadro, totalmente justificável a afirmação de Bernard Schwartz (1966, p. 276) no sentido de que o amparo legal fosse retirado, a discriminação racial seria mais facilmente eliminada.

6. PLESSY V. FERGUSON (1896)

Em 1890, com respaldo na doutrina do "separados, mas iguais", uma lei do Estado de Louisiana estabeleceu que as estações ferroviárias devessem providenciar vagões separados, mas iguais para negros e brancos.

Plessy, cidadão moreno claro (de descendência mista)[46], resolveu comprar um bilhete de 1ª classe no trem *East Lousiana Railway* e sentou-se em um lugar que era destinado à passageiros brancos.

O condutor do trem solicitou que *Plessy* deixasse o vagão em que tinha tomado assento para se dirigir ao vagão destinado aos negros. Como se recusou, *Plessy* foi preso por violação à Lei estadual.

Então, *Plessy* ajuizou uma demanda perante uma Corte Federal, com a afirmação de que a lei estadual era inconstitucional, por ofensa à 13ª e à 14ª

---

[44] A segregação legal dos negros ficou conhecida "legislação Jim Crow" e visou à freqüência das escolas públicas e ao uso de transportes públicos, restaurantes, teatros, hotéis, cinemas e balneários. E, muitos Estados o casamento entre pessoas negras e brancas também foi proibido (RODRIGUES, 1992, p. 94).

[45] Não foram somente as Leis que promoveram a discriminação dos negros, mas a própria Suprema Corte até 1954. O Caso *Plessy* (1896), que instituiu a doutrina do *separate but equal* corrobora essa afirmação.

[46] Plessy possuía 7/8 de sangue caucasiano e apenas 1/8 de sangue africano (TAVARES, 2003, p. 296).

Emendas Constitucionais, as quais, respectivamente, proibiam a escravidão[47] e determinadas restrições aos direitos por parte da legislação dos Estados.

Entretanto, em um das decisões mais polêmicas da sua história, a Suprema Corte decidiu[48] que a 13ª Emenda, que aboliu a escravidão, não protegia os negros contra leis estaduais que os tratassem de forma desigual, julgando constitucional a Lei estadual de Lousiana e institucionalizando a doutrina que ficou conhecida como *separate but equal*. [49]

Desde que as leis exigindo a segregação racial não estabelecessem acomodações diferentes para os negros[50], entendia-se que não haveria discriminação absurda e, portanto, não haveria afronta ao princípio da igual proteção legal (SCHWARTZ, 1966, p. 287).

A discriminação racial, segundo o entendimento da Suprema Corte, além de não ser proibida em face da cláusula de igual proteção das leis, era razoável (RODRIGUES, 1992, p. 146).

Sendo assim, foi amplamente aceita a doutrina do *separate but equal*, ou seja, que os negros e os brancos eram iguais, mas deveriam permanecer separados[51].

---

[47] "Não haverá nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito à sua jurisdição, escravidão ou servidão involuntária, salvo como punição de crime pelo qual o réu tenha sido convenientemente condenado" (CORWIN, p. 295-296).

[48] Cabe registrar que o entendimento não foi unânime. O *Justice* Harlan discordou e observou: "Tais legislações como a aqui presente são contrárias não apenas à igualdade de direitos pertencentes aos cidadãos, nacionais ou estaduais, como também às liberdades pessoais gozadas por todos nos Estados Unidos (...). Na minha opinião, a decisão hoje proferida provará, no transcorrer do tempo, ser bastante danosa como foi a decisão proferida por esse tribunal no caso Dred Scott. (such legislation as that here in question is inconsistent not only with that equaly of rights which pertains to citizenship, national and state, but with the personal liberty enjoyed by every one within the United States. (...). In my opinion, the judgment this day redered will, in time, prove to be quite as pernicious as the decision made by this tribunal in the Dred Scott Case). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/163/537.html

[49] O primeiro caso responsável pelo nascimento do pensamento *separete but equal* trata-se da decisão *Robert v. City os Boston* que foi motivado pela não admissão de uma criança negra em uma escola fundamental, a qual se encontrava nas cercanias de sua residência, em virtude de essa se uma escola só para brancos. Em conseqüência de tal proibição, a criança foi obrigada a dirigir-se a outra escola, só para negros, mais distante e em piores condições (TAVARES, 2003, p. 295).

[50] Como se traduz do próprio nome, a doutrina aceitava a separação, o isolacionismo das raças, porém, com a imposição de que os serviços prestados a cada uma seriam os mesmos, ou seja, que o serviços prestados aos negros deveriam possuir a mesma qualidade daqueles prestados aos brancos (TAVARES, 2003, p. 295).

[51] Edward CORWIN (p. 322) observa que a Corte Suprema americana entendia ser a sua decisão razoável porque visava reduzir a um mínimo as ocasiões de "fricção das raças".

De 1896 – quando foi anunciada pela primeira vez – à 1954 – quando o precedente *Plessy* finalmente foi superado – a doutrina *separate but equal* foi adotada sistematicamente pela Corte Suprema norte-americana, de modo que o entendimento em questão se constituiu na pedra fundamental da estrutura da discriminação contra o negro americano, conforme indica análise bem realizada por Bernard Schwartz (1966, p. 288).

Entretanto, isso não quer dizer que o entendimento da Corte Suprema não tenha evoluído durante esse período, ou seja, entre os anos de 1896 à 1854.

De fato, a Corte não foi ousada ao ponto de reformar a decisão proferida no Caso *Plessy*.

Porém, o Tribunal Supremo Americano teve a capacidade de tomar medidas importantes no sentido de melhorar a posição do negro, ainda que dentro dos limites estabelecidos pela doutrina do "separados, mas iguais" [52] (SCHWARTZ ,1966, p. 288-89).

A observância da exigência de igualdade nas acomodações[53], por si só, já significava uma melhoria na situação do negro, ainda que a segregação fosse legalmente tolerada.

Conforme observado por Lêda Boechat Rodrigues (1992, p.146), "à era das decisões desfavoráveis aos negros, de 1873 a 1910, ia seguir-se, a partir de 1911, a das decisões favoráveis".

Afinal, o equilíbrio social exigia que correções fossem feitas no que tange aos entendimentos então fixados pelo Tribunal Supremo dos Estados Unidos.

Entretanto, Lawrence Baum (1987, p. 271-276) observa que, em termos ideológicos, a Corte Suprema, no período compreendido entre os anos

---

[52] Os casos *Sipuel v. Board of Regentes (1948), McLaurin v. Oklahoma State Regentes (1950)* e *Sweatt v. Painter (1950)* demonstram bem que a abolição da regra "separado, mas igual" desenvolveu-se por etapas.

[53] Na decisão do caso *Plessy v. Ferguson* estava a regra de que a segregação reconhecida legalmente só era válida se as acomodações separadas estabelecidas para os negros fossem substancialmente iguais àquelas reservadas aos membros da raça branca. A observância rigorosa da exigência de igualdade nas acomodações exigiria uma melhoria substancial na condição do negro, mesmo se a segregação fosse ainda constitucionalmente tolerada (SCHWARTZ, 1966, p. 289).

de 1880 a 1930, foi claramente conservadora, interpretando a Lei de modo a proteger interesses dos privilegiados na sociedade (os das empresas comerciais) e, ao mesmo tempo, pouco fez para proteger os grupos menos favorecidos, como os negros.

Portanto, o caminhar da Corte Suprema no sentido de acabar com a doutrina resultante do precedente julgado em 1896 foi paulatino e a decisão proferida no precedente *Sweatt v. Painter* (1950) corrobora bem essa afirmação.

Veja-se o caso:

> *Sweatt* era um estudante negro cujo pedido de matrícula, feito em 1946, à Faculdade de Direito da Universidade de Texas, foi rejeitado. Inconformado, recorreu à Justiça, que marcou prazo ao Estado para instalar uma faculdade de direito separada para negros, ou matriculá-lo no instituto oficial. Entretanto, as condições de ensino da Faculdade para negros inaugurada em 1947 eram consideradas muito inferiores às da Universidade. Nesse contexto, *Sweatt* propôs nova ação que foi julgada em grau de recurso pela Corte Suprema (RODRIGUES, 1992, 300-301).

Nesse caso, Schwartz (1966, p. 290-91) observa de modo perspicaz que:

> (...) a Corte Suprema pôde decidir a favor do peticionário sem provocar a controvérsia de que o caso *Plessy v. Ferguson* devia ser reexaminado, à luz do conhecimento contemporâneo, com respeito à finalidade da 14ª Emenda e os efeitos da segregação racial. A decisão da Corte, porém, chegou a quase afirmar que a segregação como tal, pelo menos no campo da educação superior, era contrária à Constituição (...) Embora a doutrina que o caso *Plessy v. Ferguson* tenha permitido a segregação, desde que se atendesse à exigência de igualdade nas facilidades, a decisão da Corte no caso *Sweatt v. Painter* significa, na prática, que essa exigência jamais poderá ser atendida no campo da educação superior.

Mas a verdade é que a sociedade estava a exigi mais que isso, o desejado era a declaração de inconstitucionalidade da segregação racial[54].

---

[54] Nesse quadro, relevante frisar que Lêda Boechat RODRIGUES (1992, p. 301) destaca que quando do julgamento do caso Sweatt, um número expressivo dos principais professores de Direito do país deram entrada na Corte Suprema com uma petição no sentido de que fosse reexaminada a jurisprudência firmada em 1896, no caso *Pelssy v. Fergunson*.

O resultado disso foi o de que outros interessados continuaram a bater às portas da Corte Suprema Americana estendendo a argüição de inconstitucionalidade para casos envolvendo a educação pública nos níveis primário e secundário (RODRIGUES, 1992, p. 301).

7. BROWN V. BOARD OF EDUCATION OF TOPEKA (1954)

A segregação racial institucionalizada pelo precedente *Plessy v. Ferguson* , em 1896, somente seria revista muito tempo depois, em 1954, quando do julgamento do caso *Brown v. Board Education*, um dos casos mais emblemáticos da história constitucional dos Estados Unidos, quando a Suprema Corte finalmente estabeleceu o entendimento de que a doutrina do *separate but equal* feria a cláusula do *equal protection* prevista na 14ª Emenda à Constituição.

Christoppher Wolfe (1991, p. 354) observa que o caso *Brown v. Board of Education* (1954) foi um caso extraordinariamente importante. Afinal, desde o *New Deal*, foi a primeira vez que a Corte Suprema interveio deliberadamente no estabelecimento de uma ampla política social.

Como frisado anteriormente, antes de 1954, a Corte já havia começado o caminhar necessário para a declaração de ilegalidade da segregação racial no campo educacional[55].

Analisando as decisões proferidas pelo Tribunal entre os anos da década de 30 até a década de 50, é notória a inclinação da interpretação constitucional sob o enfoque da doutrina do "separados, mas iguais".

No já citado caso *Plessy v. Ferguson*, a Corte havia julgado constitucional a Lei do Estado de Lousiana que exigia das ferrovias acomodações "iguais" para brancos e negros, mas que deveriam ser acomodações "separadas"[56].

---

[55] Apesar da Corte não ter antes superado o precedente firmado em *Plessy*, houve um abrandamento da doutrina *separate but equal,* uma vez que a exigência de igualdade substancial entre a educação fornecida aos brancos e aos negros foi reconhecida e reafirmada em outros precedentes.

[56] Não é impertinente destacar que a cláusula da igual proteção havia sido incluída na Constituição americana pela 14ª Emenda, em 1868, e que os componentes do Congresso de

Poucos casos decididos pela Corte Suprema Americana foram mais cuidadosamente considerados do que o de *Brown v. Board Education*: o caso foi inicialmente discutido em dezembro de 1952. Entretanto, desejando obter maiores esclarecimentos, a Corte ordenou nova discussão em 1953. Mas, somente em maio de 1954, que o caso foi definitivamente julgado (SCHWARTZ, 1966, p. 292).

Ao contrário das anteriores, a composição da Corte Suprema sob a presidência de Warren pouco se importou[57] de enfrentar a doutrina do "separados, mas iguais" e declarar que a mesma violava a cláusula de igual proteção. Baseando-se na evidência da ciência social de que a segregação dos negros gerava um sentimento de inferioridade que afetava seus corações e mentes de um modo que não poderia ser desfeito, a Corte concluir que a segregação era inerentemente desigual (WOLFE, 1991, 354-355).

Pode-se afirmar que decisões semelhantes à adotada no precedente em questão possuem pouco efeito prático, pois não atingem o âmago do problema: no caso, o sentimento de preconceito racial que ainda existia nos Estados do Sul dos Estados Unidos. Entretanto, não se pode negar houve uma enorme diferença entre as restrições impostas pelo Estado que proibia a confraternização de negros e membros da raça branca e recusa dos indivíduos em confraternização onde o Estado não apresentava a proibição. Além do que era fato de que a segregação se apoiou na força da lei que a tornou tão importante para o negro americano. E sem o apoio legal, a segregação não continuaria a ter ampla conseqüência nos Estados Unidos. (SCHWARTZ, 1966, p. 293-294)

Em caso posterior[58], a Corte assinalou que os requisitos da decisão de Brown não se referiam somente a eliminar a imposição legal da segregação, mas também estimular um sistema escolar unitário e não racista sem escolas que pudessem se identificar pela raça.

---

então que a fizeram não reputavam a segregação racial inconstitucional tanto que os mesmos congressistas haviam elaborado leis adotando o regime de escolas segregadas para o Distrito de Columbia.

[57] Expressão utilizada exclusivamente para destacar que a votação da Corte Warren foi unânime no sentido de declarar a inconstitucionalidade da segregação (SCHWARTZ, 1966, p. 292).

[58] Green v. County Scholl Board (1968) Com o julgamento do caso Brown, WOLFE (1991, p. 359-363) observa que a Corte Suprema estava basicamente tentando eliminar qualquer apoio legal ao racismo. No caso Green, entretanto, a intenção do Tribunal era recomendar a integração.

CONCLUSÃO

O episódio envolvendo o navio espanhol *Amistad* (1841) pode ser considerado como um germe das primeiras medidas para a abolição da escravatura nos Estados Unidos.

Deve-se destacar que a versão original da Constituição norte-americana, de 1787, permitia o regime da escravidão e a Suprema Corte chegou a negar a condição de cidadão ao negro quando do julgamento do caso *Dred Scott versus Sandford*, em 1857.

Esta decisão contribui para acirrar os ânimos entre os Estados do sul e os do norte, o que culminou na Gerra Civil, também conhecida como Guerra de Secessão.

Com o fim da Guerra de Secessão, foi abolida a escravidão nos Estados Unidos, mas a escravidão deu lugar à discriminação, não resultando em um tratamento igualitário entre negros e brancos (COOLEY, 2002, p. 213).

Das três Emendas à Constituição americana adotadas após a Guerra Civil, a 14ª Emenda foi considerada a mais importante, pois assegurou a liberdade aos negros (COOLEY, p. 223).

Não obstante, as leis *Jim Crow* (que se seguiram às 13ª, 14ª e 15ª[59] à Constituição) segregavam os negros em diversas dimensões da vida social (SCHWARTZ, 1966, p. 287)

Os negros eram largamente discriminados na sociedade a decisão proferida no caso *Plessy* tinha a intenção de evitar a ocorrência de maiores conflitos. Em razão desse raciocínio, a segregação racial ocorreu com a chancela do Poder Estatal.

É possível que a norma constitucional sofra mudanças. A afirmação é corroborada pelas interpretações realizadas pela Corte Suprema norte-americana à 14ª Emenda à Constituição do seu país.

---

[59] "O direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não poderá ser negado ou cerceado nem pelos Estados Unidos nem por qualquer Estado, por motivo de raça, cor ou prévio estado de servidão" (CORWIN, p. 332).

Com efeito, a 14ª Emenda estabelece que nenhum Estado pode negar a qualquer pessoa sob a sua jurisdição a igual proteção das leis. Nota-se, portanto, que a 14ª Emenda à Constituição norte-americana, aprovada em 1870, deu as ferramentas necessárias para que não houvesse segregação racial nos Estados Unidos.

Entretanto, em 1896, ao julgar o caso *Plessy versus Ferguson*, o Tribunal estabeleceu a doutrina do "separados, mas iguais", eu veio a endossar a segregação racial praticada em diversos Estados norte-americanos

Percebe-se que a interpretação extremamente restritiva da cláusula do *equal protection* conferida pela Suprema Corte, talvez em atendimento aos anseios da sociedade conservadora da época, permitiu que a segregação racial fosse praticada de forma ostensiva até meados do século XX.

Por fim, cabe destacar uma última observação a ser feita à título de conclusão do presente estudo: Seja para segregar ou para acabar com a segregação, o papel desempenhado pela Suprema Corte dos Estados Unidos foi proeminente.

Sem as suas decisões nos precedentes analisados, nenhum dos sistemas teria se mantido.

Isso demonstra claramente que o papel da Corte na configuração política norte-americana é muito importante.

Tal constatação também demonstra que as decisões tomadas por uma Corte Constitucional podem influenciar a vida política e social de toda uma nação (não somente a dos Estados Unidos).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABLEMAN v. BOOTH, 62 U.S. 506 (1858). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=62&invol=506. Acesso em 2 de janeiro 2013.

BAUM, Lawrence. **A Suprema Corte Americana**. Forense: Rio de Janeiro, 1987.

BEARD, Charles. **A Suprema Corte e a Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 1962

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte norte-america.** *In*: Ano 2(2013), nº6, 4693-4741/http://www.idb-fdul.com/ISSN:2182-7567. Disponível em http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_07_06515_06571.pdf. Acesso em 2 de janeiro de 2013.

COOLEY, Thomas. **Princípios gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CORWIN, Edward S. **A Constituição norte-americana e seu significado atual**. Rio de Janeiro: Zahar, s/d.

Decision of the Supreme Court in the Dred Scott Case. Disponível em: http://www.nytimes.com/learning/general/onthisday/big/0306.html#article. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

DRED SCOTT v. SANDFORD, 60 U.S. 393 (1856). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=60&invol=393. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

DRED SCOTT v. SANDFORD. Disponível em: http://www.oyez.org/cases/1851-1900/1856/1856_0. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

PADOVER, Saul K. **The Living U.S. Constitution**. New York: The New American Library, 1965

PLESSY v. FERGUSON, 163 U.S. 537 (1896). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&court=US&case=/us/163/537.html. Acesso em 2 de janeiro de 2013.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.

SCHWARTZ, Bernardo. **Direito constitucional americano.** Rio de Janeiro: Forense, 1955

TAVARES, André Ramos. **Jurisprudência Constitucional Norte-Americana sobre igualdade e ações afirmativas: análise evolutiva e crítica.** *In*: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n.2, Jul/DEZ- 2003 disponível em esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/download/52/52. Acesso em 30/12/2013

THE AMISTAD, 40 U.S. 518 (1841). Disponível em: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=40&invol=518 .Acesso em 30 de dezembro de 2013

The Amistad Case and Its Consequences in U.S. History by Clifton H. Johnson. Disponível em: http://www.amistadresearchcenter.org/Docs/Johnson%20-%20The%20Amistad%20Case%20and%20Its%20Consequences.pdf. Acesso em 2 de janeiro de 2013.

WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Traducción de María Gracia Rubio de Casas y Sonsoles Valcárcel.Imprenta: Madrid, Civitas, 1991

Discurso do ódio: uma análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras à luz do movimento *Critical Legal Studies*

Lourenço Paiva Gabina[60]

Resumo: O presente artigo apresenta uma exposição das ideias defendidas pelo movimento *Critical Legal Studies*, centrando-se na sua concepção de indeterminação do. As críticas ao formalismo jurídico e a construção de um pensamento crítico a partir do realismo jurídico são os pilares dessa doutrina. A partir dessas categorias teóricas, passa-se à análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 82.424-2, conhecido como *Caso Ellwanger*, no qual o tribunal analisou os limites à liberdade de expressão de ideias antissemitas contidas em livros editados pelo paciente, bem como da doutrina nacional relativa ao discurso do ódio. O texto demonstra que a discussão travada nesses campos é uma prova da correção da tese do CLS relativa à indeterminação do direito.

Palavras-Chave: *Critical Legal Studies*. Supremo Tribunal Federal. Caso Ellwanger. Ponderação. Doutrina. Discurso do ódio.

Abstract: This paper exposes the ideas of the Critical Legal Studies movement, specially about the indeterminacy thesis. The critics of nineteenth century's formalism positivism and the develpment of a critical though about legal realism are the basis of this movement. Since these theoric categories, this paper analyses the Supremo Tribunal Federal's decision on *Habeas Corpus* number 82.424-2, also known as Case Ellwanger, where in the court analyses the restrictions of freedom of speech about anti-semitic ideas in books published by the demander, and the national doctrine about this issue. The text shows that these discussions proof the CLS indeterminacy thesis.

Keywords: Critical Legal Studies. Supremo Tribunal Federal. Case Ellwanger. Proportionality. Hate speech.

60

1. INTRODUÇÃO

A ideia de liberdade de expressão é um tema que sempre suscita controvérsias e discussões. Um dos aspectos polêmicos que o tema propõe é a questão do discurso do ódio, ou seja, a manifestação de expressões que visam a ofender determinados grupos. O direito tenta regulamentar essa prática, e a produção jurídica busca nos mais diversos princípios constitucionais (liberdade, igualdade, democracia, pluralismo, dignidade da pessoa humana) a resposta para o problema. Essa busca produziu, como resultado, textos monográficos e uma decisão judicial do Supremo Tribunal Federal que espelham a dificuldade na interpretação desses princípios constitucionais.

Essa dificuldade pode ser explicada a partir da tese da indeterminação do direito, proposta pelos *Critical Legal Studies* (CLS). O objetivo do presente trabalho, portanto, é avaliar em que medida a indeterminação do direito resta exposta na produção acadêmica e jurisprudencial relativa ao discurso do ódio. A hipótese é a de que a doutrina e a jurisprudência produzidas no Brasil a respeito do discurso do ódio não conseguem superar as dificuldades impostas pela indeterminação do direito, de acordo com a proposta dos CLS. A argumentação apresentada nos textos em análise confirmam a tese da indeterminação do direito, de modo que o direito, da forma como manipulado, não se apresenta como instrumento apto à resolução do problema.

O primeiro ponto a ser estudado são os CLS, a posição dos autores que contribuíram para essa crítica ao direito e suas ideias principais. Após, o presente artigo se aprofunda na questão da indeterminação do direito, conforme a proposta dos CLS. Ao final, procede-se a uma análise da doutrina e da jurisprudência do discurso do ódio no Brasil, a fim de apontar as inconsistências advindas da indeterminação do direito.

2. CRITICAL LEGAL STUDIES (CLS)

Direito é política[61]. Essa é a principal afirmação dos autores que formularam o movimento *Critical Legal Studies* (CLS), surgido nos Estados Unidos entre o fim da década de 60 e o início da década de 70, principalmente nas Universidades de Harvard (Cambridge) e Yale (New Haven). Segundo afirma LLEDÒ, jurista espanhol que estudou em Harvard e foi orientado por Duncan KENNEDY, o movimento tem como sua "data de nascimento" um encontro temático realizado na Universidade de Madison, chamado "Conference on Critical Legal Studies", organizado por KENNEDY e David TRUBEK. A carta de convocação, à qual também assinaram Roberto Mangabeira UNGER e Mark TUSHNET, assinalava uma "proposta para uma reunião de colegas que estão buscando desenvolver um enfoque crítico para o estudo do direito na sociedade"[62].

Os CLS é descendente direto do realismo jurídico norte-americano e do movimento direito e sociedade (*law-and-society movement*)[63]. Apresenta influências do pensamento de Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes Jr. e Louis Brandeis (estes dois últimos foram juízes da Suprema Corte), entre outros[64]. Conforme explica TUSHNET, é possível distinguir dois grandes temas do pensamento realista: a) um caráter crítico ou negativo, representando uma série de ataques contra o formalismo clássico[65], a partir da crítica à ilusão de certeza e

---

[61] TUSHNET, Mark. Critical legal studies: a political history. **In: 100 Yale Law Journal**, 1990-1991, p. 1517.Todas as citações de textos editados em língua estrangeira foram livremente traduzidos pelo autor.

[62] LLEDÒ, Juan Perez. **El movimiento "critical legal studies".**Alicante: Universidad de Alicante, 1993, p. 39. "São, assim, destes três epicentros do pensamento jurídico norte-americano que surge o encontro de Madison e o movimento *CLS*: a. professores progressistas de Harvard, como Kennedy, Unger e Horwitz, b. professores afastados de Yale, a exemplo de Trubek e, c. setores do movimento *direito e sociedade*" (GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento critical legal studies.** Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 13).

[63] TUSHNET, Mark. Critical legal studies and constitutional law: an essay in deconstruction. **In: 36 Stanford Law Review,** 1984, p. 626.

[64] GODOY, *op. cit.*, p. 9.

[65] Das características do formalismo jurídico que interessam ao presente trabalho, pode-se destacar: "1) Crença de que um sistema jurídico é algo essencialmente completo e compreensivo, e contém portanto, respostas preexistentes para virtualmente todas as questões que se suscitam; (...) 4) Crença de que 'o verdadeiro Direito' consiste em regras de Direito da dogmática jurídica, independentemente da natureza ou do grau de divergência existente entre o Direito dos livros e o Direito em ação; 5) Crença de que a elevada abstração e generalidade são virtudes do Direito, e são portanto preferíveis às formulações concretas; (...) 7) Crença de que as decisões judiciais devem justificar-se mediante a subsunção de seu resultado a partir de conceitos gerais plasmados nas regras jurídicas relevantes; 8) Crença na certeza e na previsibilidade como os

previsibilidade do direito, enfatizando a indeterminação da linguagem jurídica e, por conseguinte, a discricionariedade do intérprete; b) uma vertente construtiva, defendendo que o método dedutivo deve ser substituído por uma análise política da questão[66].

Os CLS, entretanto, critica essa vertente construtiva do Realismo Jurídico. Para Gordon,

> (...) nós vemos os Realistas, que normalmente são criticados por 'terem ido tão longe', como não tendo ido longe o bastante, tendo recuado de seu programa de crítica antes de terem generalizado a crítica, do formalismo que vinham atacando - pensamento 'clássico' do século XIX - à estrutura do pensamento jurídico liberal em geral[67].

Segundo Duncan Kennedy, os CLS se apresenta de quatro formas distintas: a) primeiro, há o "movimento" chamado CLS; b) a escola denominada CLS; c) uma teoria do direito chamada CLS; d) e, de tempos em tempos, há o factoide midiático que atende por CLS[68].

O movimento CLS é o projeto orientado à transformação da sociedade, a partir da criação de uma mentalidade de esquerda na academia;a escola de pensamento pode ser definida como o desenvolvimento de uma rede de escritores e professores que compartilham uma gama de ideias; a teoria do direito, ainda na concepção de Kennedy, é viva, composta de todos os textos escritos sob influência das ideias dos CLS; e como factoide, quando a mídia pretende definir que determinado doutrinador faz parte dos CLS, a fim de criar notícia[69].

---

ideais jurídicos máximos" (ATIAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert Samuel. **Form and substance in anglo-american law**. Oxford: Clarendon, 1987, p. 251).

[66] Essa análise pode ser dividida em três elementos: a) avaliação dos interesses diretamente afetados na controvérsia, e das consequências da decisão em face desses interesses; b) atenção a interesses sociais (não abstratos), como promoção da liberdade e bem-estar material; c) o método do sopesamento (*balancing*) (TUSHNET, Mark. Critical legal studies: an introduction to its origins and underpinnings. **In: 36 Journal of Legal Education,** 1986, p. 505-507).

[67] GORDON, Robert W. Critical Legal Studies. **In: 10 Legal Studies Forum**, 1986, p. 336.Sobre o tema, é interessante a análise de TUSHNET: "É objeto de certa controvérsia se o CLS oferece algo que não ofereceram os realistas mais completos. Assim como Gordon, duvido que da resolução desta controvérsia surja algo realmente interessante. Como discutirei adiante, creio que o CLS aprofundou de várias maneiras as ideias básicas do realismo jurídico, mas, se isso é ou não uma inovação, parece-me uma questão carente de interesse (TUSHNET, *op. cit.*, 1986, p. 505).

[68] KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication (fin de siècle).** Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 9.

[69] *Idem*, p. 9-10.

Para Unger, que tentou sistematizar o pensamento do movimento CLS[70], duas tendências principais podem ser percebidas no movimento CLS: uma reconhece a doutrina passada e contemporânea como uma expressão de uma visão particular da sociedade, enquanto enfatiza o caráter contraditório e manipulável da argumentação jurídica; a outra surge das teorias sociais de Marx e Weber e da forma de análise histórica e social que combina métodos funcionalistas e objetivos radicais[71].

Gordon também observa o desenvolvimento desses dois campos de crítica realizados pelos CLS. Uma é a crítica tradicional de esquerda, que pode ser chamada de desmascaramento ideológico: você analisa um sistema de normas ou práticas jurídicas que pretendem se apresentar neutras, e simplesmente mostra que, em operação, é aplicada de forma desigual, favorecendo alguns interesses em detrimento de outros; a outra é a crítica à indeterminação, no sentido de que os pressupostos fundamentais do sistema são contraditórios, logo, não são capazes de determinar um conjunto de resultados[72].

A nós interessa, no presente trabalho, a concepção dos CLS no primeiro sentido exposto por Unger (ou, no segundo indicado por GORDON). Nesse aspecto, Trubek sintetiza os quatro princípios básicos da crítica: indeterminação, antiformalismo, contradição e marginalidade. Por indeterminação, entende-se que o arcabouço jurídico-normativo não é capaz de prover uma resposta determinada às questões nem de cobrir todas as possíveis situações; por antiformalismo, entende-se a rejeição a uma forma autônoma e neutra de argumentação e racionalidade jurídica por meio das quais os especialistas aplicam o arcabouço jurídico-normativo em casos concretos, alcançando resultados que sejam independentes de suas posições éticas e políticas; a contradição se reflete no fato de que o arcabouço jurídico-normativo expõe dois ou mais pontos de vista diferentes e que até mesmo competem entre si, não sendo nenhum deles coerente o suficiente para poder ser chamado de dominante; por fim, a marginalidade representa a crítica no sentido de que não

---

[70] GORDON, *op. cit.*, 1986, p. 335.
[71] UNGER, Roberto Mangabeira. The critical legal studies movement. **In: 96 Harvard Law Review,** 1982-1983, p. 563.
[72] GORDON, *op. cit.*, 1986, p. 338.

há razão para crer que o direito é, de fato, o fator decisivo para a definição do comportamento social[73].

3. A INTEDERMINAÇÃO DO DIREITO

A ideia de indeterminação do direito formulada pelos CLS se apresenta como uma ferramenta útil para análise da doutrina e jurisprudência objetos do presente trabalho. "Trata-se, provavelmente, da bandeira mais característica dos CLS, o sinal de identidade com a qual normalmente se define esse movimento"[74].

Conforme já observado, o Realismo Jurídico já se preocupava com a indeterminação das regras jurídicas, defendendo, a partir disso, que os fundamentos da decisão deveriam se guiar pelos interesses e finalidades das políticas que a norma visa a promover, valores gerais da sociedade e pelo método do balanceamento. A crítica dos CLS ao Realismo, conforme Tushnet[75], foca-se justamente em seu aspecto construtivo, tendo em vista a indeterminação presente nos elementos que caracterizam as propostas de resolução de questões jurídicas. De acordo com Kelman,

> há uma visão da indeterminação jurídica própria dos CLS que é claramente distinta da realista. Esta tese mais forte dos CLS é a de que continuamente o sistema jurídico está filosoficamente comprometido de maneira simultânea com normas contraditórias, sendo que cada uma dita o resultado oposto em

---

[73] TRUBEK, David. Where the action is: critical legal studies and empiricism. **In: 36 Stanford Law Review**, 1984, p. 578. É interessante o trecho do texto em que o autor descreve, de forma sintética, as consequências advindas da crítica: "A crítica à ordem jurídica apresenta um desafio aos estudiosos. Se a lei é indeterminada, todo estudo acerca do significado da norma se torna uma defesa de pontos de vista, ao invés de ser uma atividade 'neutra' ou 'científica'. Se não há uma forma distinta de argumentação jurídica, a argumentação doutrinária acerca da lei se funde em um debate político e ideológico. Se o material jurídico é, por natureza, contraditório, então a argumentação jurídica não pode encontrar fundamentos apenas neste material. Supondo que bons advogados estivessem limitados apenas ao material jurídico, todos os processos e debates acadêmicos terminariam em empate. E se o direito é marginal, qualquer arranjo normativo que vise a governar a vida social deve ser avaliado de modo extralegal, ou, pelo menos, 'à sombra da lei'. Ainda, sendo o direito indeterminado, contraditório, e parte de um debate político e ideológico, o direito em si mesmo não é nada mais que uma obscura e vaga fonte de guia normativo. O direito é, ele próprio, uma sombra" (*Idem*, p. 578-579).

[74] LLEDÓ, *op. cit.*, p. 473. O autor chama a atenção para o fato de que "a chamada 'indeterminacy thesis' constitui efetivamente um dos traços comuns (talvez a principal) mais característicos de todo o movimento. Mas à medida em que descemos desse nível tão geral de 'ideias-força', e buscamos os conteúdos concretos agrupados nesta bandeira, nos deparamos com uma grande pluralidade de argumentos e versões diferentes da mesma ideia genérica" (*Idem,* p. 473).

[75] "O CLS acata o aspecto crítico do Realismo Jurídico mas desafia o seu programa construtivo" (TUSHNET, *op. cit.*, 1986, p. 507).

> qualquer caso[76].

No mesmo sentido é a posição de Altman:

> Enquanto que os realistas acentuaram as regras em conflito, os CLSers acentuam (além das regras) os princípios e ideias em conflito, de fato irreconciliáveis. Entretanto, o tema básico é o mesmo: o juiz deve tomar uma opção que não está ditada pelo direito. De acordo com os CLS, a opção se dá entre os vários princípios e ideais em conflito que serão utilizados como guia para uma decisão. Opções distintas conduzem a resultados distintos. Portanto, a partir da perspectiva dos CLS, a invocação dos princípios só serve para levar a outro nível o ponto pelo qual se introduz a indeterminação e tem lugar a eleição judicial[77].

Conforme explica Kelman, não se nega que, na prática do direito, é possível observar uma certa regularidade na aplicação de determinados princípios, privilegiando-se uma parte dos valores opostos presentes no sistema jurídico, de modo que seria possível, em certos casos, prever qual decisão será tomada pelo órgão julgador. Entretanto, segundo o autor, "enquanto a prática estável não é inalcançável, a tese dos CLS é a de que os esquemas justificatórios são inalcançáveis"[78]. Na visão dos CLS, o pensamento jurídico liberal dominante privilegia valores como o individualismo, o subjetivismo dos valores (no sentido da neutralidade do Estado), o discurso intencionalista (no âmbito do direito penal e do direito privado), permitindo-se a previsibilidade do comportamento dos operadores do direito. O problema, segundo Lledò, é que

> ainda que as convenções majoritariamente vigentes sigam sendo as mesmas, qualquer juiz ou jurista pode justificar plausivelmente um distanciamento entre elas, em muitos casos concretos, sem necessidade de esperar uma transformação generalizada na consciência jurídica coletiva. E sua justificação não deixaria de ser "jurídica"; inclusive poderia se apresentar com argumentos que estão presentes no discurso dominante: os valores reprimidos do discurso dominante estão aí, eles também pertencem e informam o Direito. O substrato valorativo do Direito, o conjunto de princípios jurídicos aos quais temos de nos socorrer para justificar as decisões, segue sendo incoerente, por mais que a cultura jurídica oculte essa incoerência dando prioridade a alguns princípios e não a seus opostos[79].

---

[76] KELMAN, Mark. **A guide to critical legal studies.** Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 13.

[77] ALTMAN, Andrew. Legal realism, critical legal studies and Dworkin. **In: Philosophy and Public Affairs**, vol. 15, n. 3, 1986, p. 54.

[78] KELMAN, *op. cit.*, p. 4.

[79] LLEDÒ, *op. cit.*, p. 488-489. Nessa linha, explica FISHER: "As convenções que guiam o julgamento são demasiado tênues de modo que o termo subordinado de cada uma das díades

Apesar das críticas desenvolvidas aos CLS[80], a tese da indeterminação do direito expõe com clareza o que a prática jurídica rotineiramente visa a ocultar. A indeterminação do direito permite a manipulação do material jurídico de modo a permitir que a resposta desejada ao caso concreto possa ser amoldada a certos limites pressupostos do sistema, mantendo-se, assim, o mito da segurança jurídica[81]. Essa prática é visível quando se avalia o tratamento doutrinário e jurisprudencial, no Brasil, conferido ao tema do discurso do ódio e suas implicações constitucionais.

4. DISCURSO DE ÓDIO NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA NO BRASIL

Neste tópico, pretende-se avaliar a forma como a doutrina e a jurisprudência nacionais abordam a temática do discurso do ódio, à luz de uma

---

esteja sempre disponível para derrubar ou frustrar o termo dominante, e para instar os criadores do Direito a alterar drasticamente suas respostas a tipos particulares de casos. Não há um sistema de justificação integrado e coerente que subjaz e informa ao ordenamento jurídico como um todo. Como resultado, quase sempre é possível para um advogado ou acadêmico competente, utilizando argumentos extraídos do e comuns no 'discurso jurídico dominante', sustentar que um determinado caso poderia ser resolvido a partir de quaisquer das diferentes formas" (FISHER, Willian. The development of modern american legal theory and the judicial interpretation of the bill of rights. **In:** LACEY, Michael; HAAKONSSEN, Knud (orgs.). **A culture of rights. The Bill of rights in philosophy, politics and law, 1791-1991.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 291).

[80] DWORKIN e POSNER tecem críticas que, a nosso juízo, não impugnam as teses propostas pelo CLS. Para DWORKIN, os CLS "parecem ignorar totalmente a distinção que há pouco consideramos crucial a qualquer argumento interiormente cético, a distinção entre competição e contradição de princípios. Essa falha é também muito evidente nos exercícios mais detalhados e doutrinários dos estudos jurídicos críticos, aí incluídos alguns que pretendem ser uma crítica categórica do direito como integridade" (DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 327-328). A crítica de DWORKIN é respondida por KENNEDY, ao tratar do método do sopesamento, conforme será visto adiante. Segundo POSNER, o direito é diferente da política, e "a escola do 'direito é política' também ignora a existência dos casos fáceis e exagera a importância dos casos indeterminados (que realmente são muitos) ao insistir que o direito só é direito quando se mostra à altura de sus mais extravagantes projetos de lei formalistas" (POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 206-207. Quanto a esse ponto, TUSHNET argumenta que as questões jurídicas realmente interessantes são aquelas que se submetem a normas indeterminadas, exigindo o debate. Ademais, o autor defende que, mesmo nos casos de normas determinadas, não duvida que, dependendo do contexto histórico e social, e das circunstâncias políticas do caso concreto, seja possível a aceitação de uma decisão diversa da prevista pela norma (TUSHNET, Mark. A critical legal studies perspective. **In: 38 Cleveland State Law Review**, 1990, p. 138-139).

[81] Muito antes do CLS, KELSEN (ainda que pela perspectiva do positivismo e da teoria pura) já afirmava que "A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo de cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação 'correta'. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente." (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 396.

crítica baseada nas propostas dos CLS. Para tanto, serão analisados os principais textos doutrinários a respeito do tema[82], bem como o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS, considerado pela doutrina e pelo próprio Supremo como o único caso em que se travou um debate a respeito do discurso do ódio na Corte.

A doutrina nacional refere-se ao discurso do ódio como "um discurso agressivo e incitador ao ódio para com determinados grupos étnicos, sociais, históricos, culturais e religiosos"[83]. "Ele consiste na manifestação de ideias que incitam à discriminação racial, social ou religiosa em relação a determinados grupos, na maioria das vezes, as minorias"[84]. E, segundo Alex POTIGUAR, trata-se do discurso que "exprime ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo"[85].

É unânime entre a doutrina pesquisada a afirmação de que o problema do discurso do ódio passa, necessariamente, por uma análise dos direitos fundamentais, principalmente a liberdade de expressão e a igualdade. Alex Potiguar fala em liberdade e igualdade, e na luta pelo reconhecimento da igualdade como diferença no Estado Democrático de Direito[86]. Meyer-Pflug alerta para o fato de que o discurso do ódio questiona os fundamentos e os limites do Estado Democrático de Direito, suscitando "conflitos de direitos fundamentais que se constituem na própria estrutura das sociedades democráticas, pois testa a abrangência e a extensão da proteção conferida à liberdade de expressão, à dignidade da pessoa humana, aos direitos das minorias e a vedação à prática do racismo"[87]. José Emílio Medauar Ommati indaga: "afinal, qual a relação entre igualdade, liberdade de expressão e

---

[82] O critério de seleção da doutrina foi o da utilização de monografias publicadas sobre o tema. A pesquisa doutrinária foi realizada no acervo das bibliotecas de órgãos públicos sediados em Brasília (Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da República, Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal Militar, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Câmara Legislativa do Distrito Federal, Tribunal de Contas do Distrito Federal, Ministério da Justiça) e das principais livrarias jurídicas do país, via *internet*.
[83] MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: RT, 2009, p. 23.
[84] *Idem*, p. 97.
[85] POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio.** Brasília: Consulex, 2012, p. 16.
[86] Idem, p. 117-166.
[87] MEYER-PFLUG, *op. cit.*, p. 23.

proibição da prática de racismo (proibição do discurso de ódio) em nosso ordenamento jurídico?"[88].

Essa linha de abordagem decorre da mesma utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ao se deparar com um caso relativo a discurso antissemita no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS. Nesse processo, conforme afirmado pela doutrina, o STF deparou-se pela primeira vez com a questão da limitação à liberdade de expressão em relação aos discursos de ódio. A demanda foi impetrada por Siegfried Ellwanger em face de acórdão do STJ que indeferira outro *writ*, visando ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em concreto, em virtude da condenação do paciente a dois anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 20 da Lei n.º 7.716/89[89]. O fato delituoso consistiu na edição e publicação de obras escritas de conteúdo antissemita, cujo fundamento assentava-se na doutrina nazista. O *habeas corpus* apresentava objeto restrito: a interpretação do art. 5º, XLII, da CF/88, que determina a imprescritibilidade do crime de racismo. A questão trazida na demanda, portanto, dizia respeito à definição de racismo, e, por conseguinte, se uma ofensa ao povo judeu consistia racismo. Entretanto, a discussão se estendeu para outro enfoque: os limites à liberdade de expressão em face de outros valores protegidos pela Constituição[90].O objeto da demanda, portanto, transferiu-se para outra questão: se a edição de livros antissemitas configuraria ou não o exercício regular da liberdade de manifestação do pensamento, bem como se essa prática se chocaria com a previsão de respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à imagem, à vida privada e à honra.

É possível observar, do até aqui exposto, que a discussão a respeito do discurso do ódio é tratada a partir de normas indeterminadas, que permitem uma ampla gama de significados, e, portanto, diferentes resultados a partir da

---

[88] OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 1.

[89]"Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional" (Redação dada pela Lei n.º 8.081/90, à época do fato).

[90] A demanda, portanto, tinha um objeto restrito: o significado da expressão "racismo" prevista no art. 5º, XLII, da CF/88. Entretanto, alguns ministros levaram a questão para análise de um suposto conflito entre liberdade de expressão e igualdade (Celso de Mello, Gilmar Mendes, Carlos Britto e Marco Aurélio Mello), e apenas o ministro Gilmar Mendes tratou da questão com base na doutrina norte-americana acerca do discurso do ódio (*hate speech*), o que levanta uma dúvida quanto ao fato de o Supremo, realmente, ter se debruçado acerca do discurso de ódio.

mesma fonte jurídica. Há uma tendência da doutrina e da jurisprudência em identificar o problema jurídico e, de pronto, submetê-lo ao amplo debate calcado em princípios constitucionais conflitantes. Verifica-se, no tratamento do tema, a presença da indeterminação do direito. O sistema jurídico protege diversos valores contraditórios entre si, e os operadores se sentem aptos a resolver o problema a partir da conciliação desses valores, que servem de proteção, de escudo, à exposição de suas pré-compreensões, ideologias, preconceitos e interesses a respeito do tema em discussão.

Diante desse quadro, o intérprete opta pelo resultado que entende adequado. Mas essa opção exige uma argumentação jurídica supostamente racional, a fim de que não reste explícita a verdadeira razão para a decisão, ou, como Fisher afirma, o aplicador vai se utilizar de um sistema de justificação que pretende seja integrado e coerente. A doutrina e a jurisprudência do discurso do ódio pretendem, a partir da análise de princípios contraditórios, resolver um problema prático. A questão denunciada pelos CLS, entretanto, é simples: o arcabouço jurídico-normativo, com seus princípios plurissignificativos e contraditórios, não serve como explicação para o resultado ao qual chega o aplicador.

Conforme Yablon,

> isso é o que os CLS chamam de 'contingência' da relação entre direito e resultado prático. Dado o alto número de formulações jurídicas possivelmente aplicáveis (todo caso pode ser argumentado ao menos de duas maneiras) e o alto número de outras condições de fundo, os teóricos dos CLS podem tomar a forte posição no sentido de que nunca haverá uma relação necessária entre qualquer formulação jurídica e o resultado[91].

Nesse aspecto, Yablon faz uma interessante dissecação do argumento dos CLS a respeito da indeterminação do direito, que se apresenta útil na avaliação dos rumos que a doutrina e a jurisprudência do discurso do ódio tomam para a solução do problema. Yablon indaga: "o que os teóricos dos CLS estão negando quando eles negam a relação entre normas jurídicas e

---

[91] YABLON, Charles. The indeterminacy of the law: critical legal studies and the problem of legal explanation. **6 Cardozo Law Review**, 1984-1985, p. 924. Para GORDON, "a tese da indeterminação do CLS é a de que simplesmente nenhuma dessas normas são necessariamente consequências da adoção de resultados de um dado regime de regras" (GORDON, Robert. Critical legal histories. **36 Stanford Law Review,** 1984, p. 125.

resultados?"[92] O autor diferencia o conceito de causalidade de David HUME e John S. MILL - que serve para as ciências naturais - da explicação de eventos históricos:

> Na prática, este conceito de causalidade, ao qual Mills se refere como o conceito "filosófico" de causalidade, é principalmente aplicável nas ciências experimentais. Lá, eventos podem ser suficientemente controlados e generalizados de modo a criar uma grupo de condições limitadas e manipuláveis. Por exemplo, a proposição "o volume de um gás é determinado por sua temperatura e pressão" usa o termo "determinado" nesse sentido rigoroso da causalidade filosófica.Entretanto, quando esse conceito de causalidade é aplicado a eventos históricos particularizados, como a criação de uma regra judicial, cessa a sua utilidade como questão prática, e talvez até mesmo como teorética. Se, para fixar a 'causa' de uma decisão judicial, o aplicador deve todas as condições necessárias e suficientes que o guiaram àquela decisão, a impossibilidade desse empreendimento é óbvia. Enquanto que a existência e a apreensão pelo juiz de um variado material jurídico pode muito bem ser uma das condições, há inúmeras outras, que incluem a identidade do juiz, sua personalidade, seu treinamento jurídico, os advogados, a preparação destes, o treinamento destes, *ad infinitum*[93].

Essas observações, combinadas com a tese da indeterminação dos CLS, relativa à possibilidade de que, a partir do arcabouço jurídico-normativo é possível suscitar diversos resultados contraditórios para o problema jurídico, nos permitem concluir que a proposta dos CLS, em suma, é a seguinte: resultados jurídicos nunca podem ser adequadamente explicados a partir do sistema jurídico[94].

---

[92] YABLON, *op. cit.*, p. 923.
[93] *Idem,* p. 923-924.Uma abordagem semelhante é a da retórica analítica: " o conceito de silogismo não é meramente uma ilusão. Ele **é** uma ilusão, mas uma ilusão com efeitos poderosos sobre a realidade. O silogismo é uma das idéias subjacentes mais fortes dentro do pensamento ocidental e do processo decisório jurídico e, desse modo, ele molda o discurso jurídico, por vezes a tal ponto que se confunde com a própria realidade - **como se** a argumentação jurídica fosse silogística. (...)Do ponto de vista retórico, o silogismo **não é um método de decisão** mas sim um **estilo de apresentação** da decisão legal. (...) um bom juiz, dentro de um sistema jurídico extensivamente codificado, **nunca se permite citar a maioria das premissas maiores** dos silogismos que ele pretensamente toma como base de sua decisão. Minha hipótese é que, em sistemas jurídicos extensivamente codificados, o juiz nunca verbaliza qualquer premissa maior. Em sistemas jurídicos com um grau mais baixo de codificação, o juiz muitas vezes explicita uma ou duas premissas dentre as dez, vinte ou cinqüenta a que está aludindo. Em outras palavras, o aconselhamento acadêmico no sentido de tornar todas as normas explícitas é muito contraproducente" (SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **In: Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, n.7**. Recife: UFPE, 1996, p. 251-273.
[94] YABLON, *op. cit.*, p. 929-930.

É o que se verifica da solução encontrada pela doutrina para a resolução da questão do discurso do ódio. Meyer-Pflug, por exemplo, lista as "convenções majoritariamente vigentes", os "termos dominantes" que sustentam, no momento, o seu argumento (pois poderiam perfeitamente sustentar o argumento contrário): "A tradição pátria sempre foi no sentido de privilegiar a liberdade, a democracia, o pluralismo e a dignidade da pessoa humana e foram esses os valores amplamente prestigiados pela Constituição de 1988"[95]. Mais adiante a autora afirma que a liberdade de expressão é elemento essencial ao regime democrático e ao pluralismo[96], sendo que "o pluralismo pode ser visto como a dimensão política do direito à liberdade"[97]. Daí decorre a conclusão de que "assegurar o direito de opiniões adversas, como o discurso do ódio, é um preço que se deve pagar para preservar o tão valioso valor da democracia"[98].

Potiguar, na mesma linha, lista os princípios já amplamente reconhecidos pela prática jurídica atual, de modo a justificar a sua posição sobre o tema (os mesmos citados por Meyer-Pflug): "No paradigma vigente, entretanto, a liberdade e a igualdade são reinterpretadas como direitos que implicam, expressam e possibilitam uma comunidade de princípios, composta por indivíduos que se reconhecem como seres livres e iguais"[99]. O autor, entretanto, após citar Mills, Dworkin, Holmes e outros autores que defendem a plena liberdade de expressão como meio mais apto ao combate a discursos de ódio, conclui em sentido contrário: "Ocorre, no entanto, que esse cenário é simplesmente inviabilizado pelo *hate speech*, que está muito mais próximo de um ataque de que de uma participação num debate de opiniões"[100]. O autor ainda se utiliza, dentre os mais diversos argumentos e autores, da concepção de DWORKIN a respeito do direito como integridade[101] (o que é curioso, conforme

---

[95] MEYER-PFLUG, *op. cit.*, p. 221.
[96] *Idem,* p. 222.
[97] *Ibidem,* p. 225.
[98] *Ibidem*, p. 227.
[99] POTIGUAR, *op. cit.*, p. 119.
[100] *Idem*, p. 132. A liberdade de expressão só ganha verdadeiro sentido em uma sociedade aberta e plural, num espaço público que possibilite o livre intercâmbio de opiniões, desde que garantidos pelos princípios da igualdade e liberdade, em que o exercício dos direitos de uns depende das possibilidades do exercício dos direitos de outros. Portanto, a liberdade de expressão só se manifesta em sua totalidade quando os indivíduos estão munidos de igual liberdade" (*Ibidem*, p. 139).
[101] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor

será visto adiante), para afirmar que "nesse sentido, é evidente a inconsistência de um discurso que negue a própria visão do outro como portador de direitos"[102].

Da doutrina citada é possível observar a correção da tese da indeterminação levantada pelos CLS. Ambos os doutrinadores partiram de argumentos extraídos do "discurso jurídico dominante", das "convenções majoritariamente vigentes", utilizando-se dos "termos dominantes" amplamente reconhecidos, tais como a liberdade de expressão, a igualdade, o Estado Democrático de Direito[103], a dignidade da pessoa humana. Entretanto, as conclusões se deram em sentidos opostos. Houve o empate. Os termos dominantes e subjacentes das díades normativas foram manipulados a partir da opinião pessoal de cada autor, de modo a ocultar as inclinações, preconceitos e experiências pessoais e profissionais que certamente influenciaram na tomada

---

interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade." (DWORKIN, *op. cit.*, 2007, p. 272). A integridade, portanto, é uma virtude política. "De início, Dworkin apresenta a integridade como um 'ideal' ou 'virtude' política que encerra a exigência geral de que os poderes públicos se conduzam não de modo caprichoso ou arbitrário, mas de forma coerente, ou seja, de acordo com um único sistema coerente de pautas de correção e de retidão, que o próprio autor caracteriza como os princípios da justiça, da equidade e do devido processo, ainda quando na comunidade política existam desacordos mais ou menos profundos a propósito de quais são precisamente as exigências da justiça, da equidade e do devido processo" (PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **In: Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho,** vol. 26, p. 15-16). À ideia de integridade, associa-se a exigência de *coerência*. A coerência decorre da noção de integridade, mas não se trata de uma determinação no sentido de que os juízes estariam vinculados aos precedentes do passado. Em *Levando os direitos a sério*, DWORKIN constata a "força gravitacional dos precedentes", defendendo que o juiz deve avaliar os princípios que fundamentaram as decisões do passado em casos semelhantes, a fim de que estes sejam os norteadores da sua decisão no presente (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 172-180). Mas é em *Uma questão de princípio* que DWORKIN estabelece a relação entre direito e literatura, e, assim, expõe com maior clareza a noção de coerência, com o exemplo do romance em cadeia (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 235-240).

[102] POTIGUAR, *op. cit.*, p. 177

[103]"O conceito de *Ruleof Law*, segundo os CLS, não existe na forma em que a doutrina dominante entende. O que existe é um *Estado Político*, no sentido de que todas as decisões são essencialmente políticas. Na medida em que é utilizado como recurso de legitimação do modo de decidir aceito como válido, o conceito de *Rule of Law* serve à legitimação de um estado de opressão e dominação" (FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. In: Revista de informação legislativa,** v. 44, n. 175,p. 41-65, jul./set. 2007, p. 45). Em sentido crítico à ideia de Estado de Direito é a posição de MATTEI e NADER (que não fazem parte do CLS), sob outra perspectiva: "Como a maioria dos historiadores contemporâneos reconhece, o surgimento do Estado de Direito foi, na verdade, o triunfo da estrutura medieval sobre a modernização" (MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal.** São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 19). "Do modo como é concebido hoje, infelizmente, o Estado de Direito constitui um limite eficaz a qualquer contestação do *status quo*. Isto porque o seu uso confere um grau de respeitabilidade ética e aceitabilidade moral à resistência egoísta dos mais fortes e ricos em restituir aos mais fracos e pobres uma parte da injusta quota de recursos globais por eles acumulada por meio da pilhagem" (*Idem*, p. 351).

de uma posição a respeito de um tema que, seguramente, envolve questões ideológicas, como o racismo e a homofobia.

Verifica-se, conforme Kelman, que os esquemas justificatórios são inalcançáveis nos argumentos expostos. O silogismo adotado pelos autores, cuja premissa maior é preenchida por princípios polissêmicos, não apresenta as verdadeiras condições e pressupostos que os levaram a decidir da forma como decidiram. Conforme explica Yablon,

> Considerando que os teóricos dos CLS compartilham a ideia de que o direito e as diretrizes políticas existem para justificar qualquer resultado legal, a *escolha* do julgador por alguma regra jurídica particular é que deve ser explicada. Isso é verdade mesmo quando o julgador se sente constrangido por uma norma, e não reconhece que, em verdade, escolheu essa norma. (...) Assim, a questão da indeterminação do direito proposta pelos teóricos dos CLS os leva a procurar explicações não em normas jurídicas ou diretrizes, mas em motivações conectadas a uma norma ou diretriz particular, e os leva à suas preocupações com a relação entre as motivações e o direito.[104]

O problema está, portanto, na ausência de critérios claros acerca do que entende cada autor a respeito da liberdade de expressão, da igualdade, da dignidade da pessoa humana. As preferências pessoais de cada um restaram encobertas a partir da menção a princípios que sequer são colocados a debate, sendo tomados como premissas incontestáveis que desembocam em uma conclusão – seja esta qual for.

Na mesma linha dos estudiosos do discurso do ódio citados, Ommati se debruça sobre os princípios da liberdade de expressão, da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Contudo, o autor se utiliza, assim como Potiguar, do pensamento de Dworkin para emitir sua posição acerca do tema:

> Assim, defenderei nesse capítulo tanto a inadequação do princípio da proporcionalidade quanto a possibilidade de aplicação das ideias de Ronald Dworkin relativas à única solução correta e ao ideal de integridade no Direito como formas de restabelecer a legitimidade das decisões judiciais e a

[104] YABLON, *op. cit.*, p. 931-932. Continua o autor: "A partir dessa visão, o direito é meramente um método útil de se colocar uma falsa camada de objetividade à decisões judiciais baseadas em preconceitos e simpatias. Essa visão, que pode ser encontrada entre os Realistas, implica que qualquer estudo sistemático do arcabouço jurídico é de pouco valor. As fontes e a explicação das decisões valorativas dos juízes (se é que podem ser encontradas) serão encontradas no estudo acerca de como as simpatias e os preconceitos do juiz foram formadas – problema o qual as ciências sociais deveriam lançar luz – mas não na análise do corpo jurídico" (*Idem*, p. 932).

> própria coerência do Direito Brasileiro, termo esse entendido não mais como simples seguimento do que decidido pelos juízes anteriores, mas como consistência com a nossa história institucional e com o projeto constituinte assumidos pelos Constituintes Brasileiros de 1986-1988 e por todos nós como continuadores desse projeto de Direito e de sociedade.[105]

Após discorrer acerca da doutrina de Dworkin, o autor defende a proibição do discurso do ódio, com base na concepção de igual consideração e respeito[106]:

> No entanto, se democracia significa livre formação das ideias, ou seja, respeito pela autonomia pública dos cidadãos, também significa respeito pela igual consideração por todos, ou seja, pela autonomia privada dos mesmos cidadãos. Se uma democracia é o melhor regime de governo, é justamente porque concede a todos e trata a todos com a mesma consideração e respeito, como sujeitos livres e iguais que se vêem parceiros de um projeto político e coletivo comum[107].

Assim como Potiguar, Ommati manipula o instrumental teórico dworkiniano para fundamentar a sua posição a respeito da questão da liberdade de expressão e do discurso do ódio. A doutrina, portanto, é utilizada como capa protetora das opiniões pessoais, preconceitos e ideologias dos autores, de modo a expressar um caráter de objetividade em suas opiniões.

Essa manipulação se torna evidente quando se verifica que Dworkin expressamente se manifestou acerca da plena liberdade de expressão e em defesa da possibilidade de emissão de discursos de ódio. Ao comentar um caso que seria julgado pela Suprema Corte[108], Dworkin afirma que "é muito importante que a Suprema Corte confirme que a Primeira Emenda protege até mesmo essas formas de expressão; que ela protege, como disse Holmes, até

---

[105] OMMATI, *op. cit.*, p. 120-121.

[106] "Logo, podemos dizer que a justiça enquanto equidade tem por base o pressuposto de um direito natural de todos os homens e as mulheres à igualdade de consideração e respeito, um direito que possuem não em virtude de seu nascimento, seus méritos, suas características ou excelências, mas simplesmente enquanto seres humanos capazes de elaborar projetos e fazer justiça" (DWORKIN, *op. cit.*, 2010, p. 281.

[107] *Idem,* p. 148.

[108] Trata-se do caso *R.A.V. vs. St. Paul*, que versa sobre uma regulamentação da cidade de St. Paul que proibia a exposição de símbolos que pudessem causar raiva, medo ou ressentimento em outras pessoas em virtude de sua raça, cor, crença, religião ou gênero.A Corte anulou a norma, com base na Primeira Emenda, que veda o controle de discursos baseados em seu conteúdo (US SupremeCourt. R.A.V. vs. St. Paul, 505 US 377, 1992)

mesmo as expressões que odiamos"[109]. Especificamente quanto ao discurso do ódio, Dworkin afirma, com base na ideia de democracia, que:

> A democracia justa requer o que nós podemos chamar de fundamentos democráticos: requer que, por exemplo, todos os adultos capazes tenham direito a voto e a decidir acerca da vontade da maioria. E requer, além disso, que cada cidadão não tenha apenas o direito a voto, mas o direito a voz (...). Nós podemos e devemos proteger mulheres, homossexuais e membros de grupos minoritários das consequências danosas do sexismo, intolerância e racismo. (...) Mas não podemos intervir proibindo qualquer expressão de atitudes ou preconceitos que consideramos que alimente a injustiça ou a desigualdade, porque se interviermos cedo demais no processo por meio do qual a opinião coletiva é formada, prejudicamos a única justificação democrática que nós temos para insistir que todos obedeçam tais leis, mesmo aqueles que as odeiam[110].

Potiguar se baseia em Dworkin para defender a proibição do discurso do ódio. Ommati também, e afirma que Dworkin não aplicou corretamente sua própria doutrina[111]. Dworkin, certamente, se fundamenta em Dworkin - e provavelmente conhece mais acerca de suas ideias do que o autor brasileiro - para se posicionar a favor da plena liberdade de expressão de discursos de ódio. Mais uma vez, o arcabouço jurídico-normativo autoriza divergências a partir dos mesmos pressupostos. As concepções de democracia, de igualdade, de liberalismo, de igual consideração e respeito (afinal, o pensamento de Dworkin também pode ser considerado uma "convenção majoritariamente vigente) permitem conclusões opostas sobre o mesmo tema. Não são, portanto, suficientes para embasar a decisão, não são claras - são, portanto, indeterminadas -, não restando explícita a verdadeira motivação que levou os citados autores a emitirem posicionamentos díspares a respeito do mesmo

---

[109] Segue o autor: "Isso é importantíssimo pelo motivo sublinhado pela justificação constitutiva da liberdade de expressão: porque somos uma sociedade liberal comprometida com a responsabilidade moral individual, e *nenhuma* censura de conteúdo é compatível com esse compromisso" (DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 327).

[110] DWOKIN, Ronald. Foreword. **In:** WEINSTEIN, James; HARE, Ivan. **Extreme speech and democracy.** 2009, p. iv.

[111] "Nesse ponto, mostrarei que a própria compreensão de Ronald Dworkin no sentido de que os discursos, mesmo os mais perversos e racistas, não podem ser proibidos em nome do igual respeito e consideração que um regime democrático deve ter por todos os indivíduos, nega justamente o igual respeito e consideração daqueles que foram discriminados. Em outras palavras, mostrarei que a posição de Dworkin, nesse aspecto, é contraditória com as premissas levantadas pelo próprio autor" (OMMATI, *op. cit.*, p. 2).

tema, partindo dos mesmos pressupostos. É exatamente essa ocultação que os CLS denunciam, ao concluir que o direito não é o fator determinante da decisão.

No âmbito jurisprudencial, o problema se mantém. Conforme já mencionado, o Supremo Tribunal Federal decidiu a respeito da liberdade de expressão de discurso antissemita, por meio da edição de livros com o referido conteúdo.Para o presente trabalho, interessam os votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello, que, como já exposto, se dedicaram a ponto diverso do objeto específico da causa em debate. Discutiu-se, nos votos, se a edição de livros antissemitas configuraria ou não o exercício regular da liberdade de manifestação do pensamento, bem como se essa prática entraria em conflito com a previsão constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à imagem, à vida privada e à honra.

O ministro Gilmar Mendes, em seu voto, reconheceu que o caso concreto expressava uma verdadeira colisão de princípios, a ser solucionada mediante o juízo de proporcionalidade[112]. No mesmo sentido posicionou-se o ministro Marco Aurélio Mello, ao reconhecer que "estamos diante de um problema de eficácia de direitos fundamentais e da melhor prática de ponderação de valores"[113]. Novamente, estabelecem-se os parâmetros de julgamento já consagrados pela comunidade jurídica, listando-se um rol de valores constitucionalmente positivados e afirmando-se a existência de um

---

[112] "É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um 'limite do limite' ou uma 'proibição de excesso' na restrição de tais direitos." (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 657-658). A respeito do princípio da proporcionalidade, ver ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 85-120;ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofia del derecho. **In: Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho,** vol. 32. Alicante: Universidade de Alicante, 2009, pp. 67-84; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites.** 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2008. [Disponível em <http://hdl.handle.net/10482/5128> Acesso em 21.10.2013].

[113] "Refiro-me ao intricado problema da colisão entre os princípios da liberdade de expressão e da proteção à dignidade do povo judeu. Há de definir-se se a melhor ponderação dos valores em jogo conduz à limitação da liberdade de expressão pela alegada prática de um discurso preconceituoso atentatório à dignidade de uma comunidade de pessoas ou se, ao contrário, deve prevalecer tal liberdade. Essa é a verdadeira questão constitucional que o caso revela" (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 869-870).

conflito a ser solucionado por meio de um método que também já amplamente aceito. Arma-se, portanto, a camada argumentativa protetora, calcada em direitos fundamentais inimpugnáveis, que permite a produção de uma decisão na qual as concepções prévias, preconceitos, ideologias e experiências pessoais se mantêm encobertas.

Esses pressupostos, contudo, se revelam quando se observa que, apesar da identidade metodológica, os votos foram proferidos em sentido oposto. O ministro Gilmar Mendes entendeu que a condenação é adequada para se alcançar a salvaguarda de uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância; é necessária, pois não há outro meio menos gravoso e eficaz para se alcançar o fim almejado, pois a própria Constituição impõe a criminalização do racismo e o qualifica como crime imprescritível; e a decisão atende à proporcionalidade em sentido estrito, já que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência.[114] De outro lado, em seu voto, o ministro Marco Aurélio Mello afirmou que a) condenar o paciente e proibir a divulgação de suas obras não é o meio adequado para acabar com a discriminação do povo judeu, pois a mera transmissão de seu pensamento não implica a concordância do leitor, nem significa que passarão a discriminar judeus; b) já que não é possível a aplicação de outro meio menos gravoso, deve o STF conceder a ordem; c) a restrição não é proporcional, pois não há indícios de que as publicações incitarão práticas de violência contra judeus.

O que se observa, no exemplo acima citado, é, mais uma vez, a indeterminação do direito, conforme a tese dos CLS. As mesmas normas, os mesmos pressupostos, o mesmo método, resulta em duas respostas totalmente opostas. A questão que surge é a seguinte: quais os *reais* motivos que levaram os ministros a julgarem da forma como julgaram? Certamente, não foram os princípios da liberdade, da igualdade nem da dignidade da pessoa humana. Não foi a ponderação de princípios de Alexy. Resta claro que não foi um comando geral, objetivo, impositivo, neutro, que determinou aos ministros que eles tomassem as suas respectivas decisões, como eles tentaram nos fazer crer.

Uma investigação mais atenta dos votos pode nos aproximar de uma dentre tantas causas que levaram às decisões proferidas pelos magistrados. Do

---

[114] *Idem*, pp. 669-670.

voto do ministro Gilmar Mendes, percebemos, inicialmente, uma apresentação da concepção de liberdade de expressão e de discurso de ódio, ao lado de máximas no sentido da impossibilidade de se atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão. O voto segue para a análise do princípio da proporcionalidade, limite do limite, núcleo essencial, adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais)[115]. Passa-se, enfim, à análise do caso concreto, dos textos antissemitas publicados, para se concluir o seguinte: "Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus"[116]. Este é o fundamento mais importante dessa parte do voto. Trata-se, aqui, da análise das consequências que a manutenção do acesso público aos escritos antissemitas podem causar à comunidade. Esse fundamento é tão importante que o Ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, tratou de impugná-lo. Em sua análise a respeito dos elementos do princípio da proporcionalidade, o Ministro indaga: "Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação à violência (...) transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?"[117].

Observa-se que, nos dois votos que aplicaram o juízo da proporcionalidade, a questão em debate não dizia respeito aos requisitos e pressupostos da teoria (exatamente pelo fato de se tratar da mesma teoria), mas ao contexto histórico da discriminação do povo judeu no Brasil, bem como às consequências advindas da leitura dos livros do paciente. Esse foi o debate real, que restou coberto por meio da aplicação dos princípios e métodos decisórios que a comunidade jurídica de fato espera que sejam utilizados pelos magistrados. Na perspectiva dos CLS, é possível afirmar que essa posição tomada pelos ministros a respeito do caso concreto, de avaliação das consequências do discurso do ódio, se apresenta mais eficaz no que concerne à exposição dos motivos que fundamentam a decisão. Trata-se, de fato, de uma

[115] Fica evidente ao apelo ao recurso da enumeração de "convenções majoritariamente vigentes" a fim de objetificar a opinião exposta no voto.
[116] *Ibidem*, p. 670.
[117] *Ibidem,* p. 888.

explicação, no sentido defendido por Yablon, que, ao contrário do apelo a valores, permite que a sociedade conheça os pressupostos que efetivamente embasaram a decisão, de modo que seja possível a sua análise e crítica quanto ao conteúdo.

5. CONCLUSÃO

A partir de uma análise dos textos doutrinários e da jurisprudência do discurso do ódio produzida pelo Supremo Tribunal Federal, observa-se a correção da tese da indeterminação do direito. O material jurídico produzido acerca do discurso do ódio busca uma solução do problema a partir de normas abstratas, que admitem diversos significados, sem, contudo, reconhecer essa dificuldade. Os aplicadores, aqui, não atentam para a indeterminação do direito no ponto, e, por conseguinte, a insuficiência dos princípios, das teorias constitucionais e dos métodos de interpretação consagrados, para a solução da questão.

Os efeitos dessa insistência na objetividade e determinação das normas, bem como na possibilidade de se alcançar uma resposta correta a partir da interpretação dos dispositivos constitucionais, acaba por gerar posicionamentos opostos a respeito do tema. Posições estas calcadas nos mesmos princípios e nos mesmos métodos de interpretação. É sintomático dessa situação o entendimento de Ommati, ao afirmar que a sua interpretação da doutrina de Dworkin é melhor que a do próprio Dworkin, no que toca às conclusões do autor norte-americano acerca da liberdade de expressão. Assim, apesar de os CLS não apontarem diretamente o caminho a ser seguido para a aplicação do direito, a sua crítica é útil para expor o tipo de argumentação jurídica que não contribui para a solução dos problemas cotidianos que desafiam o direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofia del derecho. **In: Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho,** vol. 32. Alicante: Universidade de Alicante, 2009.

________. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ALTMAN, Andrew. Legal realism, critical legal studies and Dworkin.**In: Philosophy and Public Affairs**, vol. 15, n. 3, 1986.

ATIAH, Patrick S.; SUMMERS, Robert Samuel.**Form and substance in anglo-american law**.Oxford: Clarendon, 1987.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites.** 2008. 393 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008. [Disponível em <http://hdl.handle.net/10482/5128> Acesso em 21.10.2013].

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

________. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

________. **O império do direito.**2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

________. Foreword. **In:** WEINSTEIN, James; HARE, Ivan. **Extreme speech and democracy.** 2009.

________. **Levando os direitos a sério.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. In: Revista de informação legislativa,** v. 44, n. 175,p. 41-65, jul./set. 2007.

FISHER, Willian. The development of modern american legal theory and the judicial interpretation of the bill of rights. **In:** LACEY, Michael; HAAKONSSEN, Knud (orgs.). **A culture of rights.The Bill of rights in philosophy, politics and law, 1791-1991.** Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Introdução ao movimento critical legal studies.** Porto Alegre: SAFE, 2005.

GORDON, Robert. Critical legal histories. **In: 36 Stanford Law Review,** 1984.

________. Critical legal studies. **In: 10 Legal Studies Forum**, 1986.

KELMAN, Mark. **A guide to critical legal studies.** Cambridge: Harvard University Press, 1987.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.**8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KENNEDY, Duncan. **A critique of adjudication (fin de siècle).** Cambridge: Harvard University Press, 1997.

LLEDÒ, Juan Perez. **El movimiento "critical legal studies".** Alicante: Universidad de Alicante, 1993.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal.** São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: RT, 2009.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Liberdade de expressão e discurso de ódio na constituição de 1988.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PÉREZ, Maria de Lourdes Santos. Una filosofía para erizos: una aproximación al pensamiento de Ronald Dworkin. **In: Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho,** vol. 26.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio.** Brasília: Consulex, 2012.

SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! **In: Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife, n.**7. Recife: UFPE, 1996.

TRUBEK, David. Where the action is: critical legal studies and empiricism. **In: 36 Stanford Law Review**, 1984.

TUSHNET, Mark. Critical legal studies and constitutional law: an essay in deconstruction. **In: 36 Stanford Law Review,** 1984.

________. Critical legal studies: an introduction to its origins and underpinnings. **In: 36 Journal of Legal Education,** 1986.

________. A critical legal studies perspective. **In: 38 Cleveland State Law Review**, 1990.

________. Critical legal studies: a political history. **In: 100 Yale Law Journal**, 1990-1991.

UNGER, Roberto Mangabeira. The critical legal studies movement. **In: 96 Harvard Law Review,** 1982-1983.

YABLON, Charles. The indeterminacy of the law: critical legal studies and the problem of legal explanation. **6 Cardozo Law Review**, 1984-1985.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

Juraci Guimarães Júnior[118]

> "Nós não damos a última palavra porque somos infalíveis, mas nós somos infalíveis somente porque damos a última palavra" (ROBERT JACKSON, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos).

Resumo: Analisam-se as principais teorias que discutem a legitimidade da jurisdição constitucional no regime democrático. A denominada "lógica Marshall" na qual o "judicial review" decorreria diretamente da supremacia do texto constitucional. A teoria procedimentalista de John Hart Ely e Jürgen Habermas cuja função da Corte Constitucional é garantir os pressupostos do regime democrático. A teoria substancialista de John Rawls e Ronald Dworkin que propõe à jurisdição constitucional um efetivo meio de proteção dos direitos fundamentais contra as maiorias e defende uma atuação mais ativa nas questões de conteúdo moral. A teoria do constitucionalismo popular de Jeremy Waldron que sustenta a ilegitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade e defende a retirada da Constituição dos tribunais. Confronta-se essas teorias com a realidade jurídica e política brasileira, em especial com o esboço delineado pela Constituição Federal de 1988. Sustenta-se que a perspectiva substancialista é a que melhor corresponderia à realidade jurídica e política nacional de deficit de legitimidade representativa e inefetividade das normas constitucionais. Conclui-se que é legítimo o controle judicial brasileiro, no entanto, não pode o Poder Judiciário pretender se transformar numa instância autoritária que sufoque a deliberação política da sociedade.

---

[118] Mestre em Direito e Instituições de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Especialista em Processo Civil pela UniCEUB. Pós-Graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal. Professor Auxiliar da Universidade Estadual do Maranhão. Professor da Pós-Graduação de Direito Eleitoral da UFMA/TRE-MA e UFPI/TRE-PI. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Professor da Universidade Dom Bosco. Procurador da República no Estado do Maranhão. Currículo Lattes <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4416837J2>

Palavras-Chave: Jurisdição Constitucional. Democracia. Teorias Procedimentalista e Substancialista. Constitucionalismo Popular. Controle Judicial Brasileiro.

Abstract: It analyzes the main theories that discuss the legitimacy of the judicial review in the democratic regime. The "logic Marshall" in which judicial review would result directly from the supremacy of the Constitution. The procedural theory of John Hart Ely and Jürgen Habermas of the Constitutional Court whose function is to ensure the assumptions of democratic rule. A substantive theory of John Rawls and Ronald Dworkin proposes that the constitutional jurisdiction an effective means of protection of fundamental rights against the majority and advocates a more active role in issues of moral content. The theory of popular constitutionalism of Jeremy Waldron that sustains democratic illegitimacy of judicial review of constitutionality and advocates the removal of the Constitution the courts. These theories is faced with legal reality and Brazilian politics, especially with the sketch outlined by the 1988 Federal Constitution. It maintains that the substantialist perspective is the one that best correspond to the legal reality and national policy representative legitimacy deficit and ineffectiveness of constitutional norms. It concludes that it is legitimate the brazilian judicial control, however, can not the judiciary want to become an authoritarian instance that suffocate the political resolution of the society.

Keywords : Judicial Review. Democracy. Procedural and Substantive Theories. Theory of Popular Constitucionalism. Brazilian's Judicial Review.

1. INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário invalidando leis aprovadas pelos representantes do povo, uma vez que os juízes não são eleitos mas assumem a função jurisdicional em regra por critérios técnicos, é uma das questões mais complexas quando se analisa a concepção democrática de autogoverno do povo.

Essa discussão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional é recorrente na teoria constitucional norte-americana onde se expõe a denominada “dificuldade contramajoritária” do Poder Judiciário,

expressão consagrada por Alexander Bikel na qual anota o deficit de legitimidade democrático no "judicial review" (BIKEL, 1986).

Bikel argumenta que o procedimento parlamentar pode até não representar de maneira satisfatória a vontade popular, no entanto "nada nessas complexidades pode alterar a realidade essencial de que o judicial review é um instituto desviante na democracia norte-americana" (BIKEL, 1986, p. 17)

Essa questão não suscitava debates em nossa doutrina até pouco tempo, principalmente em razão da histórica omissão do Poder Judiciário brasiliero em declarar inconstitucionais medidas adotadas pelos poderes constituídos[119]. Essa atuação de "baixa frequência e intensidade" em conformidade com os arranjos políticos começa a ser alterada com a Constituição de 1988 (KOENER, 2013).

Sem embargo, nos anos imediatamente seguintes à promulgação da Constituição Federal de 1988 essa situação de letargia principalmente do Supremo Tribunal Federal não se alterou, principalmente pelo fato de que muitos dos seus ministros nomeados ainda no regime de exceção militar permaneceram um bom tempo na Corte (KOENER, 2013).

Nesse período, a promessa da implementação pelo Poder Judiciário dos direitos fundamentais sociais e transindividuais esculpidos na Constituição de 1988 e diuturnamente desobedecida pelo Estado-Administração esteve aparentemente condenada à letra morta (BURGOS et al., 1999).

Ao longo dos anos 1990, entretanto, e principalmente depois do ano 2000, foi revertida essa tendência omissiva, com o crescimento da atuação do Poder Judiciário no quadro político nacional, notadamente do Supremo Tribunal Federal, inclusive em determinadas situações com nítido caráter de ativismo, como, por exemplo, no reconhecimento da união estável homoafetiva[120] e da perda do mandato eleitoral por infidelidade partidária[121] (BURGOS et al., 1999).

---

[119] Cabe recordar aqui a frase de João Mangabeira de que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, foi o Poder que mais falhou na República, atuando no mais das vezes em prol dos interesses dos mais favorecidos (MANGABEIRA, 1952 apud SAMPAIO, 2002).

[120] ADI 4277 e ADPF 132, rel. Min. Ayres Britto

[121] ADIs 3999 e 4086, rel. Min. Joaquim Barbosa

Esse crescimento da atuação do Poder Judiciário brasileiro na seara política fez com que a doutrina pátria começasse a debater a legitimidade de atuação da jurisdição constitucional nacional. A seguir, serão abordadas as principais teorias que buscam analisar a atuação do controle judicial de constitucionalidade no regime democrático, para, ao final, confrontá-las com a realidade jurídica e política brasileira.

2. A DESNECESSIDADE DE JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL OU A LÓGICA MARSHALL

Diversamente da realidade europeia do início do constitucionalismo, nos Estados Unidos a Constituição sempre foi vista como uma norma jurídica que vincula as demais leis do país. Embora o *judicial review* não seja expresso na Constituição dos Estados Unidos, ele já era ventilado anteriormente por Alexander Hamilton no Federalista 78 (Hamilton; Jay; Madison, 2003, p. 122):

> A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser proferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes.
>
> [...]
>
> Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo do legislativo, declarado nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é esta a última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são.

No famoso precedente Marbury v. Madison, de 1803, a Suprema Corte dos Estados Unidos consagrou o *"judicial review",* tendo o juiz Marshall reconhecido uma relação de implicação direta entre a supremacia da norma constitucional e a jurisdição constitucional. Assim, esse argumento tautológico da jurisdição constitucional decorrer da hierarquia da norma constitucional ficou conhecido como a "lógica Marshall" (BARROSO, 2009).

Contudo, não há nada de lógico nesse argumento, como esclarece Andrei Marmor (2005, p. 73):

> Mesmo que seja verdade como uma questão de direito que a disposição constitucional prevalece sobre legislação ordinária, e mesmo que também seja verdade que deve haver alguma instituição que tem o poder de determinar, nos casos concretos, se tal conflito existe ou não, simplesmente não resulta que esta instituição deve ser a suprema corte.

Na década de 1920, sob o pálio da Constituição alemã de Weimar, ocorreu o célebre embate de Carl Schmitt e Hans Kelsen de quem deveria ser o defensor da Constituição. Segundo Schmitt, a abertura e as matérias constantes na norma constitucional fazem com que a atividade de proteção da constituição seja diferente da subsunção a qual está submetido o juiz ordinariamente na sua atividade típica (KELSEN, 2007).

Assim, para Schmitt, essa tarefa de guarda da constituição seria política, a ser desenvolvida por um “poder neutro”, no caso o Chefe de Estado (Presidente do Reich) que representaria a unidade do povo (KELSEN, 2007).

A garantia da constituição, para Kelsen, diversamente, deveria ficar como uma “noção de obviedade tão primária” a cargo do Poder Judiciário e não ao parlamento e ao governos pois “tal controle não pode ser confiado a um dos órgãos cujos atos devem ser controlados” já que “nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria” (KELSEN, 2007, p. 239).

Kelsen critica o entendimento de Schmitt de que a decisão judicial que anula uma lei inconstitucional seria uma decisão política dissociada da função jurisdicional, porque partiria do equivocado pressuposto que o exercício do poder seria exclusivo do parlamento (KELSEN, 2007).

A função jurisdicional, para Kelsen, é também o exercício do poder político, pois resolve um conflito de interesse. Assim, toda decisão judicial, em menor ou maior grau (esse último no controle de constitucionalidade), seria também um ato político, não sendo argumento plausível para se afastar a jurisdição constitucional (KELSEN, 2007).

Depreende-se que no debate Schmitt e Kelsen era irrelevante a discussão da carência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional, sendo que seu foco versava exclusivamente na busca da instituição mais apta a garantir o controle de constitucionalidade das leis.

O posicionamento de Kelsen prevaleceu e influenciou decisivamente na criação e desenvolvimento dos tribunais constitucionais europeus com viés de controle abstrato de constitucionalidade diversamente da vertente difusa e concreta norte-americana.

3. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIDORA DOS PRESSUPOSTOS DA DEMOCRACIA

Na perspectiva democrática procedimental, "[...] os direitos não seriam, em si, valores supremos ou substantivos, mas técnicas instrumentais de abertura constitucional ao tempo e aos valores pluralistas" (HÄBERLE, 1978 apud SAMPAIO, 2002, p. 81).

No início de sua obra "Democracia e Desconfiança", John Hart Ely (2010) analisa as duas principais teorias hermenêuticas do constitucionalismo norte-americano, a "interpretacionista" que prega uma atuação judicial restrita à literalidade do texto e à vontade do legislador constituinte, e a "não-interpretacionista" que propõe uma maior liberdade da jurisdição constitucional ao não ficar presa à linguagem das normas constitucionais.

Haveria uma "sedução" pela teoria interpretacionista, mais atrelada à tradição norte-americana do direito e do funcionamento dos tribunais. Além do mais, o pensamento contrário "não-interpretacionista", ao liberar o juiz das amarras do texto constitucional, seria flagrantemente contrária ao regime democrático. "Nossa sociedade não tomou a decisão constitucional de facultar o sufrágio universal para depois dar meia volta e sobrepor às decisões populares os valores dos juristas de primeiro escalão" (ELY, 2010, p. 79).

Contudo, adverte Ely (2010) que o "interpretativismo" é "impossível", pois existem várias normas constitucionais abertas que convidam o juiz a ir além do sentido literal do texto, não sendo razoável, por outro lado, ficar-se

adstrito ao significado que o texto tinha quando da promulgação da constituição em 1791.

Conclui, portanto, que “a incompatibilidade com a teoria democrática é um problema que parece confrontar tanto os interpretacionistas quanto os adeptos do não-interpretacionismo” (ELY, 2010, p. 16).

Ely (2010) passa então a analisar a opinião que prevalece no meio acadêmico norte-americano de que a função da Corte Constitucional seria buscar os “valores fundamentais” da comunidade ao longo dos tempos. Contudo, conclui que esses valores não estariam no direito natural, na tradição ou em um suposto consenso partilhado por toda sociedade.

Assim, ocorre um empasse, pois a interpretação constitucional é incapaz de se manter fiel à linguagem do texto, mas não se encontra uma fundamentação externa coerente com os valores democráticos (ELY, 2010).

Para resolver essa questão, Ely (2010) vai procurar analisar as estruturas das decisões constitucionais progressistas da Corte Warren referentes à qualificação de eleitores e deficiente distribuição proporcional dos representantes nos distritos, bem como aquelas que conferiram um tratamento igualitário a minorias raciais, filhos “ilegítimos” e estrangeiros. Contudo, a sua abordagem é diferente daquela axiológica realizada pela academia.

> É certo que essas decisões foram intervencionistas, mas o intervencionismo era alimentado não por um desejo por parte da Corte de impor certos valores substantivos que considera importantes ou fundamentais, e sim pelo desejo de assegurar o processo político. (ELY, 2010, p. 98)

Ele utiliza como parâmetro de sua argumentação para encontrar os fundamentos externos que justificariam a interpretação de normas constitucionais a nota 4 do voto do juiz Harlan Stone na decisão da Suprema Corte no caso Carolene Products Co. v. USA, de 1938, que teria prefigurado o modo de agir da Corte Warren (ELY, 2010).

Esse precedente afirma que a função da Corte Constitucional é manter o funcionamento do regime democrático, garantindo a abertura dos canais de participação e comunicação, além de se preocupar com as questões decididas pela maioria em confronto com os direitos das minorias (ELY, 2010).

O adequando funcionamento da democracia será promovido pela jurisdição constitucional com uma postura de deferência às decisões do parlamento, salvo se houver uma desconfiança com "os nossos representantes eleitos, que tem óbvio interesse na manutenção do status quo" (ELY, 2010, p. 117).

Assim, a Corte Constitucional funcionaria como um árbitro do processo político democrático, intervindo nas situações de desconfiança, na qual sua atuação mais incisiva promoveria a abertura dos canais de participação popular. Seria cabível, nessa perspectiva, o o julgamento constitucional de invalidade de uma lei restritiva do direito ao voto ou uma lei que impedisse a liberdade de expressão ou de imprensa, pois se estaria inviabilizando a ampla participação do povo na deliberação política (ELY, 2010).

Por outro lado, a teoria da representação política deve ser ampliada para assegurar que os interesses da maioria impeçam o direito da minoria de ser representado. Desse modo, caberia uma atuação mais ativa do Poder Judiciário ao não acolher as decisões da maioria que afrontassem os direitos da minoria não suficientemente representadas no processo político. Quando ocorresse uma política pública contrária ao interesse de uma minoria estigmatizada, não se pode acolher a decisão advinda do parlamento, pois representativa da maioria opressora (ELY, 2010).

A atuação ativista do Poder Judiciário nessas circunstâncias não pode ser imputada de antidemocrática, pois ele estaria agindo exatamente para preservar e promover a efetiva participação popular no regime democrático (ELY, 2010).

De modo procedimentalista similar, embora numa perspectiva mais complexa, Habermas (2003, v. 1) discorda do entendimento substancialista acolhido pelo Tribunal Constitucional alemão de que compete ao Poder Judiciário proteger uma ordem suprapositiva de valores estabelecida na constituição, pois se transformaria nesse caso numa "instância autoritária".

Anota Habermas (2003, v. 1) que a existência de tribunais constitucionais não é autoevidente, já que existem diversas democracias que não se valem deles, e mesmo naquelas que acolhem a jurisdição constitucional há controvérsias acerca da legitimidade de suas decisões. Desse modo, "não é

inteiramente destituído de sentido reservar essa função (guarda da constituição) a um autocontrole do legislador" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 301).

A legitimidade do direito em Habermas (1993, p. 120-121) é condicionada à existência de cinco espécies de direitos fundamentais necessários para a deliberação livre e igual entre os cidadãos de determinada comunidade, a saber:

1) direitos fundamentais que resultem da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;

2) direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de membro numa associação voluntária de parceiros de direito;

3) direitos fundamentais que resultam da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração autônoma de proteção jurídica individual;

4) direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo;

5) direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de 1 a 4.

Desse modo, competiria ao Tribunal Constitucional proteger a gênese democrática do direito por meio desse sistema de direitos fundamentais. "Por isso, o Tribunal Constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo legislativo democrático" (HABERMAS, 2003, v. 1, p. 326).

Assim, se a decisão de maiorias eventuais afrontar os direitos elencados nos pressupostos habermesianos como condicionantes da democracia, justifica-se o controle judicial "ofensivo", aliás tal atitude seria "até exigida normativamente" (HABERMAS, 2003, v. 1).

Há que se ressaltar que esses pressupostos procedimentais em Habermas são bem mais elásticos que em Ely, pois englobariam até condições de vida social e ecológica (HABERMAS, 2003, v. 1).

Por outro lado, ainda que seja atribuição da Corte Constitucional proteger o processo de criação democrática do direito, ela não pode entender a si mesma como uma "guardiã dos valores suprapositivos da comunidade", porque, nessa situação, estaria assumindo um papel de "tutor" de uma sociedade "menor de idade" (HABERMAS, 1997).

4. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PROTETORA DA CONSTITUIÇÃO CONTRA A MAIORIA POLÍTICA

A democracia substancialista liberal propõe um papel à jurisdição constitucional de um efetivo meio de proteção dos direitos individuais. Defende uma atuação mais ativa da jurisdição constitucional na defesa dos direitos constitucionais de forte conteúdo moral restringindo a deliberação política da maioria (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Dworkin (2014) analisa a adequação do controle judicial de constitucionalidade a partir da divisão que propõe das duas concepções de democracia, a majoritarista que se fundamenta na necessidade da adesão de um maior número de pessoas, e a coparticipativa, cuja legitimidade repousa em tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração.

Argumenta que a teoria majoritarista não rejeita peremptoriamente a jurisdição constitucional, mas a trata com desconfiança e como uma anomalia na ordem democrática. Essa seria, por exemplo, a posição procedimentalista de Ely, que acolhe o controle judicial de constitucionalidade de forma restritiva para declarar inconstitucional leis que dificultem a deliberação política – como liberdade de imprensa e de manifestação de pensamento – a fim de aumentar a possibilidade que ela espelhe a vontade da maioria dos cidadãos. No entanto, Ely não concorda que uma minoria de juízes não eleitos modifiquem a decisão da maioria estável em questões substanciais controversas, como, por exemplo, pena de morte e aborto (DWORKIN, 2014).

Na concepção coparticipativa proposta por Dworkin, a jurisdição constitucional é um meio (mas não o único) para promover e aperfeiçoar a legitimidade das decisões políticas. Evidentemente, o controle judicial de constitucionalidade impõe um desequilíbrio na igualdade política ao conferir maior peso às deliberações dos juízes constitucionais, no entanto, o "judicial review" não seria antidemocrático ao atender aos pressupostos dworkianos (DWORKIN, 2014).

Como a escolha dos juízes constitucionais não decorre de uma discriminação de nascimento ou riqueza, consegue ultrapassar sem maiores problemas o primeiro pressuposto apresentado por Dworkin. Ademais, a crítica apresentada aos juízes de que iriam possuir imenso poder político também poderia ser dirigida a vários agentes públicos não eleitos, como o Presidente do Banco Central e o Ministro da Defesa, além do fato que nesses a parcela de poder seria maior pois a decisão seria individual, sendo que no Tribunal Constitucional ela seria coletiva (DWORKIN, 2014).

Contudo, o segundo pressuposto é muito mais tormentoso: o judicial review aperfeiçoa a legitimidade política?

Dworkin entende o "Direito como integridade", como um conjunto de princípios e valores que, diversamente dos direitos naturais, foram sedimentados historicamente e compartilhados pela sociedade norte-americana. Competiria ao juiz (Hércules) com capacidade sobre-humana a tarefa de interpretar o ordenamento jurídico e os precedentes judiciais conferindo coerência à estrutura política e jurídica da comunidade (DWORKIN, 2002).

Para desenvolver essa atividade, o Juiz Hércules se valerá da metáfora de Dworkin do "romance em cadeia", na qual, geração a geração, interpretará o direito como um romance em capítulos, em que o antecedente prepara a história para o capítulo seguinte, com todas variáveis e inovações, mas mantendo uma unidade e coerência ao longo da história (BELLO FILHO, 2003)

O Juiz Hércules não é um rei-filósofo ao modelo platônico, "não é um tirano usurpador que procura enganar o povo e despojá-lo do seu poder democrático", mas é sua atribuição conduzir "a verdadeira significação da Constituição, mãe e guardiã da democracia" (DWORKIN, 2010, p. 433).

Um dos fundamentos do pensamento de Dworkin (2010) é a ideia de que a interpretação de cada norma jurídica, que tem uma finalidade, não está à disposição do intérprete, mas é um sentido coletivo, que confere uma unidade. "O objetivo de todo processo interpretativo é descobrir esse intento coletivo" (BELLO FILHO, 2003, p. 103).

Dworkin (2001) propõe uma diferença fundamental na sua teoria jurídica que ocorre entre princípios ("principles") e diretrizes políticas ("policies"). Os princípios são direitos fundamentais, são espécies normativas; as diretrizes políticas são metas coletivas, vantagens para a sociedade.

Os princípios, na concepção de Dworkin (2001), não podem ser mitigados para prestigiar diretrizes políticas relativas ao interesse coletivo, salvo quando em conflito com outros direitos, outros princípios. Desse modo, os princípios, os direitos fundamentais, valeriam como "trunfos contra a maioria", que impediria a utilização de argumentos de diretrizes políticas, de "razão do Estado" ou qualquer outro interesse coletivo contra os direitos fundamentais (DWORKIN, 2001).

Dworkin (1996) acredita que por não se encontrar atrelado a compromissos majoritários como o parlamento e pelo fato de que suas decisões demandarem uma fundamentação argumentativa, o Poder Judiciário seria o local para melhor analisar questões de princípio.

A legitimidade do *judicial review* nessas circunstâncias decorreria de que os tribunais constitucionais seriam órgãos ("fóruns") mais vocacionados para a defesa dos princípios que o parlamento sujeito às ingerências da maioria política (DWORKIN, 2001).

> Os legisladores que foram eleitos e que devem ser reeleitos por uma maioria política se situarão, mais provavelmente, em toda discussão relevante, do lado da maioria do que contra ela; se eles vierem a se opor muito firmemente aos desejos da maioria, tal comportamentos pode conduzi-los à posição dos que não fazem parte dela. Por essa razão, os legisladores parecem menos inclinados a tomar decisões fundamentais quanto aos direitos da maioria do que os dirigentes oficiais, menos vulneráveis nesse aspecto. (Dworkin, 2010, p. 308)

Assim, a alegada objeção democrática do juiz constitucional funcionaria na verdade como uma reforçada justificativa, pois ele seria um

player fora das discussões políticas ordinárias e não estando submetido ao crivo constante do cidadão estaria mais preparado para defender os direitos fundamentais da sociedade (SAMPAIO, 2002).

Adverte Dworkin que os juízes podem cometer erros extremamente graves para a comunidade política (como, por exemplo, no New Deal e nas Eleições Presidenciais de 2000), no entanto isso não seria uma característica apenas do "judicial review", pois pode ocorrer também com qualquer outro agente público, inclusive escolhido pelo povo (DWOKIN, 2014).

Embora mais cético atualmente em relação ao *judicial review* devido às recentes decisões da maioria conservadora da Suprema Corte dos Estados, Dworkin continua a sustentar que, de maneira geral, ele aperfeiçoa a legitimidade política, especialmente em países cuja maioria historicamente tende a desrespeitar os direitos fundamentais (DWORKIN, 2014).

Rawls (2011) também descreve as cortes constitucionais como instituições deliberativas na qual ocorre debate e justificação pública que favoreceriam as decisões contramajoritárias em relação ao parlamento no qual não se exige na votação normalmente fundamentação. Também legitima o *judicial review* a publicidade das decisões, a partir de argumentos que se espera a adesão de todos e da autoridade moral do tribunal constitucional que em geral não dispõe de meios para fazer cumprir sua decisão (RAWLS, 2011).

Dessa forma ocorre uma releitura do princípio democrático com a participação do Poder Judiciário.

> A proposição fundamental todo poder provém do povo exige conceber não só o parlamento como, ainda, o tribunal constitucional como representante do povo. A representação ocorre, certamente, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal argumentativamente. (ALEXY, 2007, apud SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 35)

5. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COMO INSTITUTO ANTIDEMOCRÁTICO

Alguns recentes teóricos constitucionais norte-americanos do denominado constitucionalismo popular começaram a sustentar a ilegitimidade democrática do controle judicial de constitucionalidade e defender a "retirada

da Constituição dos tribunais" com a consequente valorização do protagonismo do povo e de seus representantes na condução da interpretação da constituição (BARROSO, 2009).

Jeremy Waldron (2010) argumenta que o *judicial review* é antidemocrático ao privilegiar a interpretação constitucional de um pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizados politicamente em vez daquele entendimento proveniente diretamente do cidadão ou dos seus representantes.

A sobrevalorização do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo confere a falsa impressão que o ambiente judicial é asséptico e imune aos escusos interesses existentes na esfera política (STAMATO, 2009).

Waldron (2010) discorda que as maiorias legislativas seriam incapazes de respeitar as minorias e abordar responsavelmente questões morais, exemplificando, para tanto, a experiência do parlamento inglês que na década de 1960 deliberou a liberalização do aborto, a legalização da conduta homossexual consentida entre adultos e a abolição da pena de morte.

Assim, o Poder Legislativo é um órgão deliberativo com procedimentos confiáveis que possibilitam salvaguardar os direitos fundamentais como comissões, bicameralismo, debate e votação, sujeito ainda a ampla participação e fiscalização da sociedade (WALDRON, 2010).

Aponta que na controvérsia sobre direitos plasmados na constituição a questão principal não envolve a interpretação de dispositivos normativos, mas de escolhas morais e políticas que a sociedade contemporânea deve enfrentar. Assim, não se justificaria que essas decisões fossem realizadas pela Poder Judiciário, que não tem legitimidade para enfrentar o cerne da questão (WALDRON, 2010).

Andrei Marmor (2005) discorda do fundamento de que a Corte Constitucional seria propícia para realizar um julgamento de questões morais e políticas mais elevadas porque realizaria uma deliberação argumentativa livre das pressões políticas momentâneas em proteção de direitos fundamentais objeto de um consenso moral na comunidade.

Adverte que o consenso estabelecido na comunidade é provisório, sendo que os direitos assegurados na constituição seriam apenas "conclusões intermediárias compartilhadas", ou seja, as pessoas reconhecem o direito, mas divergem de suas conclusões. Mas a quem competiria fazer esse controle? Ao Poder Legislativo, porque, primeiramente, são democráticos e, portanto, mais passíveis de serem moralmente corretos; segundo, porque as decisões legislativas são mais temporárias que as decisões judiciais (MARMOR, 2005).

No seio da sociedade, a decisão judicial proferida em casos complexos transmite a falsa impressão de verdade moral eterna e aponta ao grupo perdedor uma mensagem que estariam errados moralmente. Por sua vez, a decisão do parlamento divulga simplesmente a ideia que o grupo perdedor simplesmente perdeu naquela determinada rodada de decisão política, mas pode vencer no futuro (MARMOR 2005).

Por outro lado, o *judicial review* terminaria por incentivar a desmobilização participativa do cidadão e a irresponsabilidade dos legisladores, ao delegar a soluções de controvérsia dos direitos fundamentais ao Poder Judiciário, abalando um compromisso democrático da representação do cidadão (TUSHNET, 2009).

6. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA REALIDADE JURÍDICA E POLÍTICA BRASILEIRA

As teorias que buscam analisar, criticar e justificar a jurisdição constitucional precisam ser confrontadas com a realidade jurídica e política brasileira, em especial com o esboço delineado pela Constituição Federal de 1988.

O denominado constitucionalismo popular do autor norte-americano Jeremy Waldron não guarda correspondência com o controle judicial de constitucionalidade estabelecido na Constituição de 1988, bem como com a própria história das instituições políticas e jurídicas nacionais.

Diversamente da Constituição dos Estados Unidos, a Constituição do Brasil de 1988 expressamente estabelece a jurisdição constitucional quer na modalidade do controle abstrato-concentrado de viés europeu, realizado pelo

Supremo Tribunal Federal, conforme a alínea “a” do inciso I do art. 102, quer na espécie concreta-difusa de viés norte-americano, empreendida por todos os juízes segundo dispõe o art. 5º, XXXV.

Embora não se deva idealizar o Poder Judiciário, não se pode também fazer o mesmo com o Poder Legislativo, ainda mais no Brasil no qual existe uma crise de representatividade do parlamento (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

A própria tese de Waldron (2010) contra o judicial review não é incondicional para todos os Estados Nacionais, pois para ele se encontra dependente de dois pressupostos, que seriam a existência de instituições democráticas e que a maioria dos membros da sociedade tenham compromisso com as minorias e os direitos fundamentais.

Assim, para “retirar a Constituição dos tribunais” é necessário que as instituições democráticas de um país estejam funcionando regularmente, que o sistema político seja amplamente democrático, com o sufrágio universal e eleições regulares e imparciais (WALDRON, 2010).

Comunidades nos quais os representantes políticos não almejem um interesse público estariam viciadas e necessitando de uma justificada proteção judicial. Como ressalta Raz (1998, apud Waldron, 2010, p. 124): “em muitos países existem razões amplas para suspeitar que os membros do legislativo sejam tão motivados por interesses sectários que é pouco provável que cheguem sequer a tentar determinar quais direitos (algumas) pessoas têm”.

Além do mais, a oposição ao controle judicial também pressupõe que a própria sociedade leve os direitos fundamentais a sério, que tenha um nível de inclusão social e educacional capaz de valorizar e vivenciar os direitos garantidos no texto constitucional (WALDRON, 2010)

Nessa perspectiva, a representação política nacional e a própria sociedade brasileira ainda necessitam de uma qualificadora proteção judicial que justifica a adoção do controle de constitucionalidade das leis no nosso regime democrático.

Por outro lado, a teoria do constitucionalismo popular tem o mérito de lembrar que a constituição não é um documento exclusivamente jurídico, a

demandar apenas uma interpretação realizada por *experts* jurídicos, mas um fenômeno também sociológico, cultural e político, cujo procedimento interpretativo envolve todos os cidadãos (STAMATO, 2009)

Na conhecida passagem de Peter Häberle (2000, p. 5): "Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la. Toda atualização da Constituição, por meio de qualquer indivíduo, constitui, ainda que parcialmente, interpretação constitucional antecipada".

Pode parecer, à primeira vista, que essa discussão acerca da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade é irrelevante no caso brasileiro pois consagrada explicitamente no texto constitucional. Ocorre que, em razão do deficit de legitimidade da jurisdição constitucional, mesmo positivada ela precisa ser reafirmada diuturnamente, como um "plebiscito diário" (ENTERRIA, 1979 apud SAMPAIO, 2002).

Assim, embora a jurisdição constitucional brasileira não necessite de justificativa legal, "[...] encontram-se em aberto questões relativas ao seu alcance e profundidade, uma vez que elas não podem ser resolvidas por inteiro por meio de regramentos abstratos e prévios à prática jurisdicional" (MORO, 2004, p. 110).

A teoria procedimentalista de Ely, por sua vez, sofre severas críticas de sua pretensão restritiva da atuação do Poder Judiciário com função exclusivamente de "antitruste", sem qualquer valoração substantiva das leis. Michael Dorf e Laurence Tribe (2007, p. 37) expõem que mesmo a premissa procedimentalista de Ely não escapa de um viés substantivo ao, por exemplo, analisar a igualdade de acesso político, pois "decidir que classe de participação demanda a Constituição requer uma teoria dos valores e dos direitos plenamente substantiva".

Ademais, a teoria procedimentalista, em especial de vertente habermesiana, supõe uma "sociedade definitivamente emancipada", diversamente da realidade de exclusão social brasileira, onde não teríamos ainda um espaço público consistente de deliberação, mas uma legislação que em geral espelha não a vontade geral, mas a própria exclusão social nacional (STRECK, 2014).

A Constituição Federal de 1988, de evidente natureza compromissória, é impregnada de diversas normas fundamentais substantivas, inclusive de direitos sociais, que extrapolam uma relação direta com o processo de deliberação política conforme preceituado pela teoria procedimentalista.

Sem embargo, a teoria procedimentalista tem a relevância de ressaltar a equânime participação popular no processo de uma deliberação pública racional, afastando-se das teses elitistas da jurisdição constitucional, podendo ser aproveitada para graduar a intensidade da intervenção judicial na decisão política (MORO, 2004).

A realidade social e política brasileira e a existência de direitos fundamentais no nosso texto constitucional para além da finalidade deliberativa democrática justificam a abordagem substancialista da jurisdição constitucional nacional.

Como adverte Lenio Streck (2014), diversamente da Alemanha e dos Estados Unidos, o grau de inefetividade do texto constitucional na realidade brasileira tornou a jurisdição constitucional praticamente indispensável para realizá-lo.

Assim, o Poder Judiciário no Brasil vem se transformando numa “nova arena pública”, para além do modelo clássico “sociedade civil-partidos-representação-formação majoritária”, no qual os procedimentos políticos cedem lugar aos processos judiciais (BURGOS et al., 1999).

No entanto, o Poder Judiciário, e em especial o Supremo Tribunal Federal, não pode cair na tentação de se transformar de maneira antidemocrática na “mais alta instância moral da sociedade” a quem competiria a interpretação dos valores e dos direitos da comunidade (MAUS, 2000).

Além do mais, eventual excesso de “paternalismo estatal” pelo Supremo Tribunal Federal poderia levar à perda da autonomia pública, “ao gozo passivo de direitos” por parte dos cidadãos que enfraqueceria por outro lado a mobilização política popular (HABERMAS, 2003, v. 1).

Talvez a principal crítica ao modelo de jurisdição substantiva de Dworkin seja a figura do “Juiz Hércules” que pela sua virtude identificaria os direitos fundamentais e os aplicaria como “carta de trunfo” contra a maioria.

Um juiz que não participaria de um diálogo com a sociedade. “Suas narrações construtivas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, a não ser com seus livros. Não tem nenhum enfrentamento. Não se encontra com ninguém” (MICHELMAN, 1994 apud SAMPAIO, 2002, p. 87).

No Brasil estão sendo adotadas medidas para fortalecer a legitimidade do Supremo Tribunal Federal, como a audiência pública e o amicus curiae, que expressam uma abertura da Corte Constitucional para um diálogo com a sociedade.

7. CONCLUSÃO

A tensão entre o Poder Judiciário e a democracia existe porque a restrição às maiorias pelo Poder Judiciário seria justificada em nome do ideal democrático na proteção dos direitos fundamentais, mas seu excesso pode se revelar antidemocrático, por sufocar o povo na sua liberdade de autogovernar (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012).

Assim, é legítimo o controle judicial de constitucionalidade na realidade jurídica e política brasileira, no entanto, não pode o Poder Judiciário pretender se transformar em um oráculo da democracia nacional sufocando a deliberação política da sociedade, ou seja, no Brasil, “a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade – mas de sua dosagem” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 36).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BIKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. 2. ed. Indianápolis: Bobbs-Merrill Co., 1986.

______. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999. Brasília, DF, 12 de novembro de 2008. Relator: Ministro Joaquim Barbosa.

______. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto.

BURGOS, Marcelo Baumann et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

DORF, Michael; TRIBE, Laurence. **Hermenêutica constitucional**. Tradução Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

______. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_______. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Benosiebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

______. **Más allá del estado nacional**. Madrid: Ed. Trota, 1997.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krrug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KOENER, Andrei. Ativismo eleitoral?: jurisprudência constitucional e política do STF pós-88. Dossiê: 25 anos da Constituição de 1988. **Novos Estudos**, n. 96, jul. 2013.

MAUS, Ingborg. O judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial na sociedade orfã. Tradução de Martônio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Recife**, n. 11, 2000, p. 125.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2. ed. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STAMATO, Bianca. "Constitucionalismo popular", o povo contra a Suprema Corte?: uma abordagem crítica sobre o libelo acusatório ao judicial review norte-americano. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55-77.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TUSHNET, Mark. Ceticismo sobre o judicial review: uma perspectiva dos Estados Unidos. Tradução Adauto Villela. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. Tradução de Adauto Villela. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). **A legitimidade da jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A súmula vinculante à luz da hermenêutica filosófica gadameriana[122]

Jeferson Soares Marinho de Sousa Junior[123]

Resumo: A súmula vinculante, enquanto instrumento de centralização da interpretação, condiz com os postulados gadamerianos da hermenêutica filosófica? Seriam tais súmulas instrumentos interpretativos ou categorias a serem interpretadas? Destaque-se que é fácil perceber, considerando as variáveis expostas no problema, que o objetivo do presente trabalho é justamente examinar a natureza da súmula vinculante[124] à luz das regras traçadas pela hermenêutica filosófica, cujo um dos principais expoentes é professor alemão Hans-George Gadamer. Objetiva-se, a partir das linhas a seguir, caso realmente se confirme o descompasso da súmula vinculante concebida nos moldes do direito brasileiro e a teoria gadameriana da interpretação, investigar qual a real natureza daquele instituto e as consequências de sua implementação a despeito dos postulados da hermenêutica filosófica.
Palavras Chaves: Súmula Vinculante. Gadamer. Hermenêutica Filosófica

Abstract: The binding precedent, as an instrument of centralization of interpretation, consistent with the postulates of philosophical hermeneutics gadamerians? Would such overviews interpretative instruments or categories to be interpreted? Stand that is easy to understand, considering the variables exposed in the problem, the goal of this paper is to examine the nature of binding precedent under the rules outlined by philosophical hermeneutics, which is one of the leading exponents German professor Hans-George Gadamer. Objective is, from the lines below if really confirm the mismatch binding precedent designed along the lines of Brazilian law and Gadamer's theory of

[122] O presente trabalho trata-se de uma adaptação do relatório de pesquisa e do projeto de dissertação de mestrado apresentado ao Instituto Brasiliense de Direito Público. Firme-se também que a pesquisa sobre o tema não finda com estas linhas, e o artigo que ora se segue será, em momento oportuno, revisado e ampliado para tais fins.

[123]

[124] Obviamente que se trata do instituto súmula vinculante introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela emenda constitucional número 45, de 30 de dezembro de 2004.

interpretation, investigate the real nature of that institute and the consequences of its implementation despite the postulates of philosophical hermeneutics.

Key words: Binding Precedent. Gadamer. Philosophical Hermeneutics

1. SÚMULA VINCILANTE: CONCEITO, REQUISITOS E CONTORNOS DOGMÁTICOS

Com o advento da emenda constitucional n.º 045, de 30 de dezembro de 2004, a qual tratou da esperada reforma do Poder Judiciário brasileiro, institui-se em nossa realidade a súmula vinculante enquanto instrumento interpretativo referente a assuntos constitucionais.

Conceitualmente, revendo o que prescreve o art. 103-A da Magna Carta, a súmula vinculante inaugurou a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição (art. 102, *caput*[125]), quando provocado, ou até mesmo de ofício, e desde que amparado por decisão de 2/3 dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar enunciados que, a partir de sua publicação, devem padronizar compulsoriamente as manifestações dos demais órgãos do Poder Judiciário e também disciplinar a edição de atos de autoridades e órgãos pertencentes a Administração Pública direta e indireta, em todas as esferas.

Não que as súmulas constituam um instrumento novo e até então desconhecido da hermenêutica constitucional brasileira. Pelo contrário.

De fato, os registros apontam que as súmulas, ainda que não vinculantes, surgiram pela primeira vez no STF na década de 60, ante o gigantesco acúmulo de processos da época. Souza (2013, p. 253) assim menciona a questão:

> A origem de súmula no Brasil remonta a década de 1960. Sufocado pelo acúmulo de processos pendentes de julgamento, a imensa maioria versando sobre questões idênticas, o Supremo Tribunal Federal, após alteração e seu regimento (sessão de 30.08.1963) e enorme trabalho de Comissão de Jurisprudência composta pelos Ministros Gonçalves de Oliveira, Pedro Chaves e Victor Nunes Leal, este último seu relator e grande mentor, em sessão de 13.12.1963, decidiu publicar oficialmente, pela

[125] Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

primeira vez, a Súmula da sua Jurisprudência, para vigorar 01.03.1964.

A novidade está, ou pelo menos estava, na imposição de um padrão interpretativo tendo como marco vinculante o entendimento da Corte Superior e a irradiação dos efeitos para além de um caso concreto. E tanto assim o é, que o próprio texto constitucional, no §3º, do art. 103-A, prevê que o próprio Supremo poderá anular qualquer ato administrativo ou decisão judicial que, por sua vez, contrariar súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, podendo determinar, inclusive, a prolação de outra decisão judicial com ou sem a aplicação da súmula. Trata-se, como magistralmente define Streck (2008, p. 165), "de um caso singular – e sem precedentes no direito – de verdadeira "interpretação autêntica", uma vez que o próprio órgão que criou a SV irá dizer qual é sua (correta) interpretação".

Obviamente é preciso reconhecer que tal expediente existe para combater dois dos principais problemas enfrentados hoje pelo Judiciário: a morosidade no trâmite dos processos[126] e a insegurança inerente a determinadas decisões. Neste sentido, alerta o professor Streck (2008, p. 165) para que não nos esqueçamos "que a justificação para a outorga deste poder ao judiciário está (e sempre esteve) baseada na necessidade de diminuição das demandas repetidas, algo que já foi chamado de "racionalização do judiciário".

Quanto a falta de celeridade no julgamento de processos, percebe-se que defensores da eleição de uma "interpretação-modelo" a partir da manifestação vinculante do guardião da Constituição (ainda mais quando tal padronização atinge não somente os órgãos do Judiciário de instâncias inferiores, mas até mesmo autoridades vinculadas à Administração Pública), garantem que essa difusão hermenêutica e compulsória de entendimentos firmados pelo STF irá conferir maior rapidez ao trâmite processual, impondo a adoção da razão de decidir de um caso, sem maiores discussões, a outros idênticos.

[126] Rossen (2008, p.92), ainda em 1998, já alertava para o problema de acúmulo de processos nos Tribunais Superiores brasileiros, notadamente no STF. Segundo ele, "o número de casos para cada juiz no Brasil é extremamente alto, especialmente nos Tribunais Superiores. O Supremo Tribunal Federal julgou 31.283 casos e publicou 9.807 acórdãos em 1996, números absurdos para a mais alta Corte do país. Por outro lado, ano passado a Suprema Corte dos Estados Unidos julgou somente 171 casos e publicou 90 acórdãos. A Suprema Corte recusou-se a decidir 6.517 casos".

No que diz respeito a segurança do direito, de acordo com Souza (2013), a solução trazida pelas súmulas vinculantes implica no trinômio *certeza-previsibilidade-igualdade*.

A certeza está consubstanciada na identificação clara e precisa das razões do STF frente a realização do direito legislado nos contornos de um caso concreto. Em termo de previsibilidade, a aplicação da mesma decisão (pelo menos no que se refere aos seus fundamentos e razões) a demandas idênticas proporciona tranquilidade tanto aos jurisdicionados quanto aos próprios órgãos judicantes. Aos primeiros, pelo fato de antemão vislumbrarem potencialmente o resultado de suas pretensões ou das suas resistências a pretensões alheias, e aos segundos de verificarem a manutenção de seus pronunciamentos e o resultado prático de suas funções[127]. Por fim, a súmula vinculante também tende a facilitar a implementação da igualdade nas decisões de casos com variáveis diferentes, porém com fundamentos idênticos em essência. Não se exige muito esforço interpretativo para se perceber que a fixação das razões de se decidir em determinados casos, com elementos semelhantes, consubstancia de maneira eficaz a implementação de uma prestação jurisdicional a mais possível próxima da igualdade.

Tudo isso, entretanto, exige um modelo hermenêutico baseado em três premissas: duas das quais, adaptando as definições de Oliveira (2008, p. 5650) seriam, em um primeiro momento, que a multiplicidade de casos existentes pudesse ser resumida, ou simplesmente identificada a partir de um elemento semelhante inerente a diferentes demandas, o qual, por sua vez, deve permitir o estabelecimento de um padrão de situações aptas a receber determinada interpretação; e, em segundo lugar, que as manifestações STF, quando enfim reduzidas a um enunciado, devem ser aplicadas de maneira idêntica a casos definidos como semelhantes ou reunidos em uma mesma categoria. Na realidade, impende destacar que o professor Paulo Henrique Blair de Oliveira discorre sobre os requisitos acima mencionados ao analisar o instituto da repercussão geral dos recursos extraordinários, também trazido ao cenário da hermenêutica constitucional pela emenda n.º 045 de 30 de dezembro

[127] Referenciado por Dias de Souza (2013, p. 255), Sampaio (1985b, p. 14) afirma que a súmula vinculante goza de "uma espécie de *stare decisis* de facto, decorrente do prestígio do Supremo Pretório, da quase inutilidade de as instâncias inferiores decidirem contra a súmula, e porque nenhum julgador gosta de ver reformada sua sentença".

de 2004, porém perfeitamente utilizáveis para a construção dos contornos dogmáticos do instituto da súmula vinculante, tanto que servem de base para esta definição. A terceira premissa ou requisito é justamente a possibilidade de controle das interpretações inferiores pelo, digamos, hermeneuta máximo[128], o que tem-se bem definido hoje no §3º do artigo 103-A[129] da Constituição Federal.

2. Da hermenêutica filosófica gadameriana

Hans-George Gadamer, caso não o precursor inicial de uma corrente finalmente denominada hermenêutica filosófica, provavelmente foi um dos seus mais fiéis e arrigados defensores.

Gadamer desenvolveu boa parte de sua obra[130] como uma reação filosófica à hermenêutica tradicional, que é justamente aquela ambientada e desenvolvida durante a modernidade, marcada, portanto, pela forte influência dos ideais e postulados positivista, os quais trazem como princípios básicos os valores inerentes a busca de resultados dentro dos conceitos admitidos pelo racionalismo cientifico. A hermenêutica, sob esta ótica, resume-se a mais um método, obrigatoriamente dotado de requisitos racionais, que tem por função precípua, senão única, demonstrar uma verdade que pode ser testada empiricamente. Popper (1996, p. 110), ao analisar as propostas do movimento baconiano de renovação científica, ilustra bem o início do período de extremo rigor racionalista questionado por Gadamer:

> O determinismo teológico foi substituído pelo determinismo científico, e o livro do destino pela previsibilidade da Natureza. Em resumo, a omnipotência omnisciência divinas foram substituídas pela omnipotência da Natureza e pela omnisciência virtual da ciência natural. [...]. *Tudo o que era necessário era*

---

[128] Ou “alto tribunal”, na expressão utilizada por Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 914)

[129] Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso

[130] LAWN (2007, p.65) afirma que o estabelecimento das bases teóricas da hermenêutica filosófica deu-se no livro Verdade e Método, segundo ele: “em verdade e método, com o subtítulo de “esboço de uma hermenêutica filosófica” , Gadamer estabelece uma hermenêutica filosófica através do pensamento de que todos os aspectos do pensamento humano pressupõem uma dimensão hermenêutica [...]”

> *aproximar-nos da deusa natureza com uma mente pura, livre de preconceitos, e ela prontamente nos entregaria os seus segredos.*

Impossível também não citar, exatamente neste ponto, as advertências feitas por Oliveira (2014, p.4) quanto as inclinações dos estudos jurídicos desta época:

> Acontece que, desde o século XIX, as discussões metodológicas e interpretativas sobre o direito articulam a hermenêutica no sentido de uma disciplina jurídica auxiliar, que tem por finalidade esclarecer as obscuridades das leis para aprimorar, através de uma interpretação teórica, o processo de aplicação do direito. A interpretação é vista aqui, portanto, como uma tarefa abstrata que antecede o momento prático aplicativo. De se ressaltar que, no interior deste entendimento, solvidas as questões teórico-interpretativas por meio dos vetustos métodos de interpretação – desenvolvidos ainda no seio do paradoxal historicismo alemão pelo gênio de Savigny – a aplicação do direito se daria de forma neutra e imparcial, ainda que, nos casos de lacuna, fosse utilizada a aplicação analógica de outro dispositivo intrassistêmico.

Neste contexto, a grande inovação ou traço distintivo da teoria gadameriana reside na ruptura de uma possível relação de subordinação ou mera instrumentalidade existente entre a interpretação construída em um ambiente moderno-racionalista e as ciências que dela se utilizam. Gadamer ressalta (1997, p. 35), inclusive, uma "espécie de independência" entre o fenômeno da compreensão e os rigores metodológicos pregados pelo positivismo na busca pela verdade absoluta:

> Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele em primeiro lugar, não é a estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicas da ciência – embora, sem dúvida se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreende apenas textos, as também adquirem juízos se reconhecem verdades.

Em outros termos, a hermenêutica filosófica altera o sentido da busca interpretativa: a verdade deixa de ser foco único e o método passa ocupar posição relevante no entendimento e produção do conhecimento humano. Nestas linhas, para Gadamer, é impossível construir um modelo interpretativo absolutamente neutro, livre das ideias, dos pré-conceitos, da tradição e dos valores individuais inerentes a cada hermeneuta. Como exposto anteriormente,

a neutralidade é mito imposto pelo racionalismo cientifico[131] e que deve ser superado. Segundo o autor (1997, p. 406) "somente um tal reconhecimento do caráter essencialmente preconceituoso de toda compreensão leva o problema hermenêutico à sua real agudeza".

Na realidade, a influência das concepções prévia dos intérpretes detectada por Gadamer no movimento hermenêutico já havia sido denunciada em trabalhos anteriores assinados por outros estudiosos do tema. Assim, destaca o professor Bello Filho (2003, p.84) o seguinte:

> Com muita pontualidade, HEIDEGGER afirma que "toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar. O "pré-conceito", ou a concepção prévia, é a certeza de que toda pergunta hermenêutica acompanha uma resposta prévia que se constrói a partir da realidade do sujeito
>
> .

Grandes juristas, mesmo os que seguem afinados com compromissos argumentativistas, longe, portanto de um posicionamento eminentemente metodológico como o proposto pela hermenêutica filosófica, reconheceram a imprescindibilidade das variantes personalíssimas dos aplicadores das leis na realização do direito. Nestes termos, por exemplo, Dworkin (2007, p. 306), ao estabelecer as bases da justiça quanto integridade mencionou o seguinte sobre o tema:

> Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si muito complexo e, às vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra, *sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre justiça e equidade, mas suas convicções de ordem superior de acordo com esses ideais quando competem entre si.* [...] *Qualquer juiz desenvolverá, ao longo de sua formação e experiência, uma concepção bastante individualizada do Direito, na qual ele se baseará, talvez inconscientemente, para se chegar a essas diferentes decisões e avaliações* [...].

Para Gadamer, portanto, o resultado do processo interpretativo deve surgir em um horizonte composto pela fusão tanto das das intenções e sentidos perseguidos pelos idealizadores do objeto a ser interpretado como pelos valores e compreensões prévias do intérprete.

---

[131] Gadamer refere-se a este movimento com o termo Aufklärung. De acordo com seus ensinamentos (1997, p. 407), "uma análise da história do conceito mostra que é somente no Aufklärung que o de preconceito recebeu o matiz negativo que agora possuí.

Ouso ainda acrescentar uma terceira dimensão horizontal, qual seria os resultados das interpretações anteriores do mesmo texto, levadas a efeito tanto pelo atual hermeneuta em uma revisitação aos documentos investigado, dando um sentido dinâmico ontológico positivo[132] ao ato de (re) interpretar, como em relação às outras propostas formuladas por outros estudiosos considerando o que já foi dito a respeito do tema. Esse movimento, definido como círculo hermenêutico[133], tem como pressuposto devolver todo o objeto examinado ao intérprete, sempre, entretanto, em um outro nível de partida para a compreensão, já que tal fenômeno, como tenho dito, segundo Gadamer, nada mais é que o resultado das fusões de percepções subjetivas e temporais inerentes aos hermeneutas. Provavelmente, umas das melhores e mais didáticas ilustrações do movimento circular da interpretação é o fornecido por Lawn (2007, p.68). Segundo ele:

> Quando estamos lendo, estamos sempre antecipando um significado total do texto: a resolução de conflitos narrados, o final da estória, etc. O leitor tem sempre em mente um desejo de fazer com que todas as partes individuais do texto se encaixem, antecipando o significado total do livre. O significado do livro é visto como um desenrolar dos acontecimentos e o final do livro como sua resolução. Ao mesmo tempo, enquanto antecipamos o significado total, estamos sempre no processo de ler uma pequena parte do trabalho; primeiro uma palavra, depois uma sentença, depois um parágrafo. Estas partes contribuem com o significado total do trabalho, portanto podemos falar aqui sobre um movimento constante entre partes e o todo. Os significados das palavras em um texto não devem ser considerados isoladamente, mas sim como unidades de significados que estão em constante processo de modificação em relação ao significado total implícito no texto.

Imaginando tal teoria em plano jurídico aplicado, notadamente no que diz respeito a emissão de pronunciamentos judiciais em casos concretos, impossível não recordar do romance em cadeia desenhado por Dworkin em o *Império do Direito*.

---

[132] Sentido ontológico positivo nada mais é do que a definição de projetos interpretativos assumidos por um hermeneuta que se propõe a compreender determinado texto, o que, não raramente, é influenciado pelos objetivos da leitura das convicções pessoais dos intérpretes.

[133] Essa ideia de construção do entendimento a partir de um círculo hermenêutico não é, de fato, originalmente gadameriana. Segundo o professor Ney Bello Filho (2003, p.86), "o projeto que surge com o sujeito observador é o primeiro degrau do procedimento hermenêutico proposto por HEIDEGGER e descrito e defendido por GADAMER".

Romance em cadeia, segundo o autor (2007, p.276), é um gênero literário onde um grupo de escritores é responsável pelo texto final, sendo que cada um escreve um capítulo ou parte da obra isoladamente a partir de uma construção prévia, assinada por outro escritor, ou mesmo por ele em um momento diferente. O romance, portanto, deve passar de mão em mão até a sua conclusão. Tem-se que:

> [...] cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade desta tarefa reproduz a complexidade um caso difícil de direito como integridade.

Em tese, para Dworkin (2007), o ato de sentenciar assemelha-se a produção a de um romance em cadeia, onde cada juiz, recorrendo a precedentes criados anteriormente e incidentes sobre determinados casos semelhantes (além de outras questões culturais e personalíssimas, obviamente) constrói sua manifestação, o que, por sua vez, resulta sempre em um acréscimo de entendimento sobre o tema (no mesmo sentido axiológico ou não) apto a ser observado em um novo movimento interpretativo que tanto pode consubstanciar-se por revisitação própria ou as de outros realizadores do Direito. Algo bem semelhante ao círculo hermenêutico preconizado pela ótica gadameriana.

É importante destacar dois pontos sobre essa questão. O primeiro, se refere a advertência lançada pelo próprio Dworkin (2007), para quem o modelo de romance em cadeia seria melhor desenvolvido em sistemas jurídicos de tradições consuetudinárias (*commow law)*, entretanto, como bem lembra Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 915) “o precedente vinculativo tem as nações anglo-americanas [...] como reputado ambiente natural, por serem elas de direito de criação predominantemente judicial. Isso, no entanto, não impede de se ver o precedente vinculante em países de tradição romanística. ” O segundo ponto, que decorre da pura consciência do primeiro, é que em países adeptos da *civil law*, os precedentes devem ser encarados pelo hermeneutas como apenas mais um fator de orientação ou um instrumento de uso facultativo para a aplicação e realização do Direito.

Deste modo, ao pensar nas súmulas vinculantes no ordenamento brasileiro, é imperioso compreender que seus enunciados muito mais representam ou mesmo se aproximam de uma ideia de categoria a ser interpretada, e não como mero instrumento ou expediente criado para disciplinar o entendimento correto de outra categoria.

3. CONCLUSÕES

Pensar na súmula vinculante como um eficaz instrumento a serviço da otimização da interpretação, pelas razões já expostas nas linhas iniciais deste artigo, é uma ideia tentadora para a resolução dos problemas de celeridade e segurança dos provimentos judiciais no Brasil. Rossen (1998) por exemplo, já em 1998 informava que a falta das súmulas vinculantes no nosso ordenamento impunha ao Judiciário a obrigação de resolver o mesmo caso milhares de vezes, gerando um enorme e desnecessário esforço jurisdicional, além da possibilidade constante de prolação de decisões contraditórias em situações idênticas.

Entretanto, em que pese o suposto caos apresentado acima e considerando os postulados da hermenêutica filosófica gadameriana, a súmula vinculante não é instrumento interpretativo, ou pelo menos, em alguns casos, se assim utilizada não é plenamente confiável ou mesmo suficiente para a correta realização do Direito. Cite-se, por exemplo, os termos de interpretação fixado pela súmula vinculante n.º 11[134], tão vagos e genéricos que Didier (2008) chega a prever que as dificuldades de sua aplicação serão tantas, que certamente deverão surgir outras “súmulas” para concretizar seus enunciados.

A despeito das vantagens mencionadas, é imperioso reconhecer que a implementação de um entendimento compulsório e isomórfico sobre determinado tema impede que os intérpretes observem suas pré-compreensões, experiências circunstanciadas, inclinações pessoais e culturais (tradição) afetas ao objeto estudado. Impede, do mesmo modo, por via reflexa, a realização da fusão dos horizontes do instituidor da norma (legislador) e do candidato a

[134] Súmula vinculante n.º 11 - Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.

hermeneuta (juiz/administrador público), já que exclui (ou melhor, substitui por um modelo fixo elaborado por terceiro) a linha de entendimento e (pré) concepções do observador.

Obviamente que as súmulas vinculantes também interrompem o movimento circular da construção interpretativa ao estabelecer um modelo fixo a ser seguido. Aparentemente tais provimentos engessam uma linha de desenvolvimento puramente metodológica de realização do Direito. Põe termo a discussão, algo semelhante a um ponto final no romance em cadeia de Dworkin.

Visto isso, e considerando de fato a existência dos enunciados vinculantes no nosso ordenamento, e considerando ainda a existência ainda que não totalmente ontológica, mas pelo menos axiológica de um esquema ou sistema interpretativo para a correta aplicação das normas, qual seria o verdadeiro lugar das súmulas vinculantes nesta realidade?

Provavelmente uma das melhores alternativas a se pensar é no Supremo Tribunal Federal como um legislador ativo, responsável por garantir, por meio de mecanismos constitucionalmente previstos, a fiel realização do direito a partir de leis e/ou princípios reconhecidos pela ordem jurídica. Mas é importante não pensar na súmula vinculante como algo semelhante a um ato administrativo regulamentar ou um simples decreto de execução de uma lei, haja vista a relação quase indissociável de tais ferramentas hermenêuticas à existência de um texto legal a ser esmiuçado. Muito mais. Súmulas vinculantes podem adentrar em terrenos ainda não explorados ou esgotados completamente pelo legislador, e nesses casos, pode assumir elementos típicos da lei como a abstratividade e generalidade de seus termos e aplicações. Nesta linha, mais uma vez cite-se como exemplo a súmula vinculante n.º 11, que trata da utilização de algemas por parte dos presos, a despeito da inexistência de lei processual disciplinando exaustivamente o assunto. Novamente mencionando a curta, mas esclarecedora lição de Didier (2008) sobre a força dos precedentes judiciais no Brasil e a necessidade de aperfeiçoamento da técnica de elaboração das súmulas vinculantes, frise-se, segundo ele, que “esse enunciado é tão extenso, e composto de termos de acepção tão vaga [...] que mais parece texto legislativo. ”

Antes de possíveis críticas à constatação anterior com base em uma aparente lesão aos princípios da repartição e da harmonia das funções do Poder constituído, deve-se atentar ao que leciona o professor Streck (2008, p. 163). Para ele, as súmulas vinculantes seriam uma espécie normativa primária com natureza e justificava semelhantes a uma medida provisória tal qual concebida no nosso ordenamento constitucional. Esta afirmação sustenta-se em dois pilares: o primeiro, já mencionado anteriormente, é a natureza primária das duas: ambas derivam diretamente da Constituição e não necessitam de lei ou outra espécie normativa a ser disciplinada para sua edição.

A segunda é justamente a autenticidade de sua realização. De fato, tanto as súmulas vinculantes como as medidas provisórias[135] são editadas pelo mesmo órgão que deve garantir a sua correta interpretação, aplicação e realização. E é justamente esta única semelhança entre ambas, - já que, por óbvio, os objetivos, pressupostos e procedimentos de criação das medidas provisórias e das súmulas vinculantes são totalmente distintos -, que é responsável sozinha para enquadrar as duas na mesma categoria: espécies normativas.

Não há, na doutrina nacional muita dificuldade em reconhecer esse caráter legislativo dos enunciados compulsórios do STF. Mendes, Coelho e Branco (2007, p.914), citando Sampaio (1981), são uníssonos no sentido de que:

> [...] no desempenho de sua missão o Judiciário pode praticar ato que vai desde a sentença clássica até atos propriamente legislativos. Assim é que, quanto à crescente extensão de seus efeitos, os atos dos juízes se escalonariam em sentenças clássicas, precedentes, sentenças normativas, jurisprudência vinculante, atos quase legislativo e plenamente legislativo.

---

[135] A história da Medida Provisória é conhecida. Sua origem pode ser creditada a Carl Schmitt especificamente na distinção feita por ele entre Lei e medida. Essa distinção visava justificar o poder do presidente do Reich para decretar ordenanças com valor de lei (baseado no art. 48, nº 2, da Constituição de Weimar). Para isso, construiu a tese de que as disposições do legislador extraordinário (Presidente do Reich), *ratione necessitatis*, eram medidas substancialmente diferentes das leis editadas pelo parlamento. Ao permitir a emanação de atos com valor de lei de um poder executivo, teríamos a coincidência simultânea da criação da lei e da execução da lei. Por esse motivo, Schmitt chamou esse tipo normativo de lei-medida, para diferenciá-la da lei stricto senso. Ou seja, por razões de necessidade, era possível que a criação e a execução da disposição normativa tivessem origem na mesma função do poder estatal (no caso, a função Executiva). (STRECK 2008, p.163)

Imperioso, portanto, concluir que as súmulas vinculantes tais quais previstas em nosso ordenamento, e se observadas a partir da ótica gadameriana dos movimentos e realizações hermenêuticas, não são instrumentos interpretativos destinado a otimizar os pronunciamentos do Judiciário, tampouco contem a verdade absoluta sobre determinado tema. São, no máximo, categorias a serem interpretadas, assim como a lei ou outra espécie normativa qualquer, em um processo que envolve considerações efetivas dos outros fatores delineados por Gadamer no seu processo de realização. Não é possível, portanto, construir a verdade ou encontrar a única resposta correta somente no frio enunciado do STF, antes, é preciso considerar que a aplicação da súmula depende dos outros fatores preconizados caminhos muito bem delineados pela hermenêutica filosófica. Como bem arremata Streck (2008, p.183):

> Assim, é preciso é preciso ter claro que a substância a estaria contida no verbete sumular destemporaliza o sentido, pelo sequestro da temporalidade. Mas é claro que isso é assim em face o paradigma filosófico no qual a súmula se enquadra. Vista sob uma perspectiva hermenêutica, a súmula não representa essa tragédia anunciada por alguns dos setores do direito brasileiro. E nem isso significa que cada súmula tenha de ser elaborada em linguagem rigorosa como se estivéssemos no entremeio do Círculo de Viena. Se compreendida a partir de uma perspectiva exegética-normativista, as SV se substituem a própria lei, com uma vantagem: ao contrário da lei, a SV tem a pretensão de "arcar todas a futuras hipóteses de aplicação", como se fosse uma "lei perfeita", isomórfica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLO FILHO, Ney de Barros. Sistema constitucional aberto*:* teoria do conhecimento e da Interpretação do espaço constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/htm.> Acesso em: 12. Jun. 2014.

DIDIER JUNIOR, Fred. Da súmula vinculante do STF: crítica à técnica de redação do precedente judicial. Editorial. Bahia, n. 49, set. 2008 < http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-49/>. Acesso em: 24.ago.2014.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. Jefferson Luiz Camargo: revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paula Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

___________. A razão na época da ciência. Trad. Ângela Dias. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Paulo Henrique Blair de. Jurisdição, racionalidade e hermenêutica: comentários à repercussão geral como requisito de admissão dos recursos extraordinários à luz do debate Habemas/Gadamer. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17, 2008. Brasília, DF. *Anais*...Brasília, DF, 2008. p. 5647-5669.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Expressão pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica. Disponível em < http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>. Acesso em: 24.ago.2014

POPPER, Karl. O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade. Lisboa: Edições 70, 1996.

STRECK, Lênio Luiz. Súmulas, vaguezas e ambiguidades: necessitamos de uma "teoria geral dos precedentes"? *Direito Fundamentais e Justiça*, Brasília, nº. 5, p. 162-185, out./dez. 2008.